Luis De Gásperi

A mi querido y talentoso amigo el Sr. Don Victor Simón, con mis sentimientos de homenaje á su generosa colaboración para lograr la estampación de esta obra que salió á luz á despecho de todos los resentidos sociales, á quien el Dr. Simón los ha desdeñado con su desprecio.

ANTEPROYECTO

[illegible]
4-III-1965

DE

CÓDIGO CIVIL

1964
Editorial "EL GRAFICO"
Asunción

DECRETO-LEY - Nº 200

Por el cual se crea la Comisión Nacional de Codificación.

Asunción, 2 de julio de 1959.

VISTA: La necesidad de revisar la legislación general del país y promover su reforma en las diversas ramas del Derecho, a fin de dotar a la Nación de un ordenamiento jurídico que esté en consonancia con la cultura jurídica paraguaya y de los avances de la civilización y del progreso de nuestro siglo;

POR TANTO, oído el parecer favorable del Excmo. Consejo de Estado,

El Presidente de la República del Paraguay

DECRETA CON FUERZA DE LEY:

Artículo 1º Créase la Comisión Nacional de Codificación, con el objeto de proyectar la reforma legislativa en el orden civil, comercial, criminal, rural, minero, procesal, laboral, militar y sanitario.

Art. 2º La Comisión Nacional de Codificación estará compuesta de un Presidente y de diez miembros.

Art. 3º El Presidente de la Comisión Nacional de Codificación integrará las diversas comisiones de trabajo con los miembros designados y con otras personas versadas.

Art. 4º El Presidente de la Comisión Nacional de Codificación presidirá las diversas comisiones que fueren integradas así como las sesiones plenarias de todas las comisiones.

Art. 5º La Comisión Nacional de Codificación, remitirá al Poder Ejecutivo, dentro del plazo que fenecerá el 31 de diciembre de 1961, los diversos anteproyectos de Códigos, para ser sometidos, oportunamente, a la consideración y estudio del Poder Legislativo.

Art. 6º El Ministerio de Justicia y Trabajo queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto-Ley.

Art. 7º Los gastos que demande el cumplimiento de este Decreto-Ley serán fijados en un Presupuesto Especial aprobado, para el presente ejercicio financiero. Posteriormente será incluído en el Presupuesto General de Gastos de la Nación.

Art. 8º Dése cuenta oportunamente a la Honorable Cámara de Representantes.

Art. 9º Comuníquese, publíquese y dése al Registro Oficial.

Firmado: **ALFREDO STROESSNER**

" **Juan Ramón Chaves**

" **César Barrientos**

DECRETO Nº 6.021

Por el cual se integra la Comisión Nacional de Codificación de conformidad con el Decreto-Ley Nº 200.

Asunción, 31 de julio de 1959.

CONSIDERANDO: Que por Decreto-Ley Nº 200 de fecha 2 de julio del corriente año, se ha creado la Comisión Nacional de Codificación, con el objeto de proyectar la reforma de la legislación en el orden civil, comercial, criminal, rural, minero, procesal, laboral, militar y sanitario;

El Presidente de la República del Paraguay

D E C R E T A :

Artículo 1º Intégrase la Comisión Nacional de Codificación con los siguientes ciudadanos:

Presidente: Dr. J. Eulogio Estigarribia
Miembros: Profesor Dr. Juan José Soler
" " " Luis De Gásperi
" " " Luis Martínez Miltos
" " " Sigfrido Gross Brown
" " " J. Augusto Saldívar
" " " Augusto Fúster
" " " Luis P. Frescura
" " " Víctor B. Riquelme
" " " Arquímedes Laconich
" Cap. de Nav. " Mario López Escobar

Art. 2º Comuníquese, publíquese y dése al Registro Oficial.

Firmado: ALFREDO STROESSNER
" Juan Ramón Chaves

Asunción, 30 de setiembre de 1959.

Dr. Luis De Gásperi.

P r e s e n t e

Cumplo en comunicar a Ud., que la Comisión Nacional de Codificación, en su sesión de fecha 27 del corriente, ha resuelto encomendarle la redacción del anteproyecto de Código Civil.

En la misma sesión, se dispuso la unificación de los códigos civil y de comercio, en las ramas de contratos y obligaciones; debiendo, en consecuencia, adecuar el anteproyecto de referencia, a este plan de unificación.

La Comisión Nacional de Codificación, al encomendarle este delicado trabajo, ha tenido en cuenta su vasta versación jurídica y el indudable patriotismo que le ha impulsado siempre en sus determinaciones intelectuales y en sus afanes de ciudadano.

Aprovecho esta oportunidad, para saludarle con mi alta consideración.

Hugo Estigarribia
Secretario

J. EULOGIO ESTIGARRIBIA
Presidente de la Comisión
Nacional de Codificación

El compilador del presente esbozo expresa su gratitud al doctor Víctor Simón, a cuya generosa iniciativa se debió su publicación en "**El Diario Jurídico**", con los auspicios del Colegio de Abogados del Paraguay; y a don Pablo Olmedo, propietario y director de la editorial "**El Gráfico**", por su patriótica decisión de dar cabo a la estampación del presente volumen, con pie de imprenta paraguaya.

El doctor De Gásperi agradece también a todos los obreros gráficos paraguayos que concurrieron con su esfuerzo a la feliz terminación de esta obra.

10 de octubre de 1964

ERRATUM

Página	Línea	donde dice	debe decir
33	24	cuando	cuanto
34	17	lgeal	legal
35	15	499	495
39	4	defenosr	Defensor
39	43	interdecto	interdicto
58	66	21	XXI
64	63	49	62
65	29	55	145
68	14	257	253
68	14	268	273
68	15	248	244
68	15	256	252
73	22	IV	V
73	41	almán	alemán
76	15	V	VI
77	1	VI	VII
85	12	VII	VIII
88	55	208	206
86	7	208	206
87	43	211	213
87	64	211	213
87	69	215	213
88	19	Rpert	Ripert
88	20	215	213
88	47	208	206
88	50	presente art.	presente el art.
88	54	lo haría	la haría
90	31	VIII	IX
159	77	nitención	intención
165	53	consederación	consideración
169	36	nustra	nuestra
170	3	de empleare	se empleare
175	19	sobre el in fine	etc. - suprimir todo el párrafo
183	38	verifique un	verifique en un tiempo
187	última línea	626	622
193	21	**volmach**	vollmacht
193	40	647	650
194	12	647	650
194	14	la falta de obrar	la falta de la voluntad de obrar
195	11	651	652
195	56	represntación	representación
195	64	especialmente	especialmente con su art. 174
199	4	e la Bolsa	en la Bolsa
199	29	661	664
200	46	acto de disolución	acto de disposición
214	21	vèncidad	vecindad
215	39	no fuere	no fueren
219	9	se juzgar	se juzgará
220	18	puede hacer	pueden hacer
223	52	litisconsorcios	litisconsortes
231	50	796	797
241	16	825	828
242	30	828	831
281	5	VI	IV
381	1	VI	IV
480	63	1620	1623
481	63	1588	1585
497	46	1674	1675
545	31	las conocían	las conocía
546	63	1097	1780
546	65	1701	1781
547	27	1607	1606

Página	Línea	donde dice	debe decir
547	29	1776	1781
547	30	1780	1781
577	12	menor	menos
577	26	1890	1894
578	29	606	602
580	22	el tiempo de la donación	al tiempo de la donación
580	49	239	236
603	20	1947	1948
606	11	1126	1122
610	19	sministrara	suministrara
610	33	de lart	del art.
618	1	IXL	XXXLX
767	1	IV	LIV
767	44	opinión	omisión
800	50	propiedad	propiedad
836	29	V	IV

ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL

Título Preliminar

Art. 1º La letra y el espíritu de los preceptos de este Código regulan los derechos y las obligaciones de orden privado atinentes a las personas, los bienes, los actos y las relaciones de todos los que habitan el territorio y las aguas jurisdiccionales de la República; y también en el extranjero, hasta donde los principios y las convenciones internacionales les reconozcan extraterritorialidad, sean ellos nativos o no, domiciliados o transeuntes.

Art. 1º de la Parte General y 1º de la Introducción del C. C. bras.; 1º C. C. arg.; 1º Anteproyecto de Bibiloni y 1º Proy. arg. de 1936. Así los testamentos otorgados en los buques mercantes de bandera paraguaya y en los barcos del Estado para una expedición militar, deben ceñirse en su forma a las disposiciones de este Código cualquiera sea el lugar donde se hallen. E igualmente los actos jurídicos otorgados por antes los Cónsules paraguayos acreditados en el extranjero.

Art. IIº La obligatoriedad de las leyes, cuando ellas no fijen otro plazo, comenzará en la Capital quince días después de su publicación en el "Diario Oficial" y en las demás Ciudades y municipios rurales de la República, treinta días después de recibido por el Juez de Paz local un ejemplar de dicho diario.

En los países extranjeros la obligatoriedad de las leyes comenzará cuatro meses después de su publicación oficial en la Capital.

Art. 2º C. C. bras; 1º de las Disposiciones Generales del Proyecto de Clovis Bevilaqua y 2º C. C. arg.

Art. IIIº Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos.

Art. 3º C. C. arg. y nota de Vélez Sarsfield; Savigny, Derecho Romano Actual, t. VI, parág. CCCLXXXIV, pág. 334, versión castellana de Mesía y Poley; art. 11 C. C., ital. de 1942 y Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. I, Nº 5 ter y 6, pág. 92, versión castellana de Sentis Melendo y t. IV, pág 481 de la misma obra; Planiol, **Traité Elementaire**, t. I, Nº 241, pág. 96, 10º edición; Esmein in Planiol & Ripert, t. VI, Nº 28, pág. 34; Beudant, **Cours de Droit Civil Français — Introduction**, Nº 126, pág. 131; Baudry Lacantinerie & Houques—Fourcade, t. I, Nº 126 y ss. pág. 103, tercera edición; Aubry & Rau, **Cours de D. Français**, parág. 30, pág. 51 y ss., 3ª edición; Laurent, t. I, Nº 141 y ss., pág. 213; Huc, t. I, Nº 54 y ss., pág. 62; Duranton, t. I, Nº 47 y ss., pág. 32, etc.

Art. IVº Las nuevas leyes deben ser aplicadas a los hechos anteriores, cuando sólo priven a los particulares de derechos que sean meros derechos en expectativa; pero no pueden aplicarse a los hechos anteriores, cuando destruyan o cambien derechos adquiridos.

Considéranse así adquiridos los derechos que su titular, o alguien por él, pueda ejercer, como aquellos cuyo comienzo de ejercicio tenga término prefijado, o condición preestablecida, inalterable al arbitrio de otro.

Repútase perfecto el acto jurídico consumado según la ley vigente al tiempo en que se efectuó.

Art. 3º C. C. bras., y glosa de Clovis Bevilaqua In Codigo Civil **Commentado**, t. I, pág. 94; art. 4044 C. Argentino. En otros términos, la definición legal podría enunciarse diciendo que **"derecho adquirido es un bien jurídico, creado por un acto capaz de producirlo, según las prescripciones de la ley vigente al tiempo de su formación, y que de acuerdo con la misma ley, entró er el patrimonio del titular"**.
El principio de la irretroactividad de las leyes no suscita dificultad ni problema alguno en los contratos de ejecución inmediata, los cuales se agotan por su cumplimiento bajo la ley vigente al tiempo de su consumación. No así en los de tracto sucesivo, como los de suministro, de realización de obras con prestaciones periódicas continuadas, la locación, el arrendamiento de cosas productivas, el seguro con prima periódica, el mandato, (en cuanto por su extensión no esté destinado a agotarse en un solo momento de acción, uno actu), el

comodato, el depósito, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la aparcería, el contrato de trabajo, la asociación, las capitulaciones matrimoniales del contrato matrimonial, en todos los cuales puede suscitarse la duda de si la nueva ley les sería aplicable a la condición resolutoria, al mutuo disenso o a la resolución por incumplimiento. Respecto de estos contratos nada puede alterar la ley nueva, en cuanto sus efectos se reputen irrevocables respecto de la ejecución ya verificada o de las prestaciones ya cumplidas.

Art. V° Las nuevas leyes deben aplicarse, aun cuando priven a los particulares de facultades que les eran propias, y que aun no hubiesen ejercido, o que no hubiesen producido efecto alguno.

Art. 4045 C. C. arg., y nota de Vélez Sarsfield.

Art. VI° La capacidad civil de las personas es regida por las nuevas leyes aunque abroguen o modifiquen las cualidades establecidas por las leyes anteriores; pero sólo para los actos y efectos posteriores, sin que la nueva ley pueda invalidar o alterar lo que se hubiese hecho en virtud de la capacidad que tenían las personas por las leyes anteriores, ni los efectos producidos bajo el imperio de la antigua ley.

Conservamos así el art. 4046 del Código argentino. Precepto es éste inexistente en el Código francés, y en el que, por su naturaleza puramente técnica, mal pudo aparecer. Bien se ha dicho que concebido ese Código con sentido práctico, para decidir los problemas suscitados en las actividades prácticas del foro, es distinto, en su técnica legislativa, del Código alemán, tan rico en fórmulas abstractas y generales del Derecho. No obstante, puede verse a través de la nota de Vélez Sarsfield al art. 4046 del Código de su nombre, cómo no escapó a la perspicuidad de los viejos doctrinadores franceses del Derecho civil, como Chabot y Grenier, la aplicabilidad de las nuevas leyes a las situaciones jurídicas, como la capacidad civil de las personas, en plena producción de efectos y la posibilidad de expresarla en una fórmula breve y concisa, tal como Vélez logró encerrarla en el precepto que nos ocupa.

Notado este vacío en el Código francés con ocasión de la reforma promovida en 1945, objeto fue de un Anteproyecto elaborado por Roubier, quien al fundamentarlo en su Exposición de Motivos, distinguió el efecto inmediato de las leyes nuevas según que tengan relación con una situación jurídica, como la capacidad civil de las personas, o con una situación contractual, y admitió la aplicabilidad de las leyes nuevas a la primera, no así a la segunda, sometida a la ley vigente al tiempo de su formación, según la regla **tempus regis actum**, paralela a la regla **locus regit actum**. ¿Cuál es la razón de esta diferencia?, se pregunta Roubier. A nuestro parecer, agrega, ella resulta del hecho de que el régimen legal, en una soberanía dada, tiende siempre a ser un régimen unitario, y es para asegurar esta unidad de legislación que es necesario aplicar en seguida el nuevo estatuto legal a las situaciones en curso. Los contratos constituyen, por el contrario, el dominio en el cual se manifiesta la libertad de acción de los particulares, y es el medio por el cual la diversidad penetra en el dominio jurídico. El efecto inmediato de las leyes nuevas no tendría ninguna razón de ser, porque es imposible establecer una unidad jurídica en semejante materia, dado que los particulares podían organizar de otro modo sus relaciones al día siguiente de la ley.

Y dado que el principio de la irretroactividad de las leyes no es constitucional en Francia, como lo es en el Paraguay, y por no serlo puede el legislador estatuir reglas de excepción a dicho principio, aun en relación a los contratos en curso de ejecución, viene esto admitido en los fundamentos del Anteproyecto de Roubier, por lo que nos abstenemos de reproducirlo. Nos limitamos así a trasladar en lo que sigue la primera parte del art. 27 de su esbozo, como correspondiente al contenido del art. 4046 del Código argentino. Dice ella así: "**Las leyes nuevas que determinan los efectos y el contenido de situaciones jurídicas se aplican en principio, en seguida a las situaciones establecidas y a las relaciones jurídicas formadas antes de su entrada en vigencia. Así es al menos para las situaciones jurídicas cuyos efectos son enteramente determinados por la ley, y tienen la figura de un estatuto legal**" (vide: Travaux de la Commision de Réforme du Code Civil — Année 1948—1949, pág. 263 y ss.).

Art. VII° Las leyes que tengan por objeto aclarar o intepretar otras leyes, no tienen efecto respecto a los casos ya juzgados.

Cosa juzgada o caso juzgado es toda decisión judicial conforme con lo dispuesto en el art. 791.

Art. 4° C. C. arg.; inc. 3° C. bras.; 9° C. C., chil.; 13 urug., 14° C. C. colomb.; 7° inc. 25 del C. C. ecuator.; Savigny, Derecho Romano Actual; t. V, parág. CCLXXX a CCCI, pág. 172 y ss., versión castellana de Mesía y Poley. Por aplicación de estos principios, sus efectos se extienden a las leyes interpretativas y a los derechos ya adquiridos. Vide: Bevilaqua, **opus cit.**, pág. 99.

Art. VIII° Las leyes que establecen excepción a las reglas generales o restringen derechos, no son aplicables a otros casos y tiempos que los especificados por ella.

Art. 4° C. C. italiano de 1865 y 14 del de 1942; art. 11 C. C., portugués; art. 11 C. C., mexicano y 6° C. C., brasileño. El precepto consagra el adagio latino: **exceptio strictissimi uris.**

Art. IX° Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes.

Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los jueces no pueden, a falta de una disposición legal aplicable, suplirla por norma alguna de su creación.

La primera parte es el art. 15 del C. C. argentino.
La segunda es el art. 16 del mismo código, análogo a los arts. 22 al 24 del chileno; 18 del mexicano; 16 del uruguayo; 16 del portugués; 12 del italiano de 1942; 7º del brasileño; 4º del venezolano de 1942; XXIII del Tít. Preliminar del peruano; 8º de la Ley colombiana Nº 153 de 1887; 18 del ecuatoriano; 17 al 20 del hondureño; XVI a XVII del Tít. Preliminar del nicaraguense; 7º del Proyecto argentino de 1936.
La tercera parte del precepto es lo contrario de lo estatuido en el art. 1º del C. C. suizo, según el cual, puede el juez, a falta de una disposición legal aplicable, decidir según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas por él dictadas, como si fuese legislador, siquiera inspirado en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia. Su fallo no tendrá valor sino para el caso concreto sobre el cual recae. Aun tratándose de una facultad de que el juez suizo hará uso en casos excepcionales, no la podríamos recibir en nuestra legislación por ser contraria a nuestras más caras tradiciones jurídicas.

Art. Xº Las leyes no pueden ser derogadas en todo o en parte, sino por otras leyes. Mas la disposición especial no revoca a la general, ni la general revoca a la especial, sino cuando a ella, o a su asunto se refiera, alterándola, explícita o implícitamente.

El uso, la costumbre o práctica no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieran a ellos.

La primera parte reproduce el parágrafo 1º del art. 17 del C. C. argentino. Lo que sigue es el art. 4º del C. C. brasileño. Y la tercera, corresponde al parágrafo 2º del art. 17 del C. argentino.

Art. XIº La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley.

Los jueces, empero, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

La primera parte reproduce el art. 20 del C. C. argentino y es conforme con los arts. 9º del portugués; 8º del chileno; 2º del uruguayo y del venezolano; 56 de la Ley colombiana Nº 153; 13 del ecuatoriano; 6º del hondureño; III del Tít. Preliminar del nicaraguense; 1º del costarricense, todos los cuales consagran el adagio latino: **nemo jus ignorare censetur.**
La segunda parte reproduce el art. 21 del C. C., mexicano.

Art. XIIº Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

Reproduce el art. 5º del C. Civil argentino.

Art. XIIIº Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. Esta regla comprende igualmente los actos unilaterales de voluntad.

Reproduce este precepto el contenido del art. 21 del Código argentino, el cual, a su vez, traduce el del art. 6º del C. C., francés. Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade incluyen entre las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres todas aquellas que, por su fundamento, descansan en concepciones consideradas por el legislador, como esenciales al mantenimiento de la existencia de la sociedad. Enumerándolas, agregan que son tales: 1º las de **organizaciόón social**, como las relativas a la organización de la familia; al estado y la capacidad; a la libertad individual, etc.; 2º a la **organización política**, como la Constitución, las administrativas, fiscales, de organización judicial y competencia de los tribunales; explotación de minas, ferrocarriles; condiciones para el ejercicio de las profesiones que interesan a la seguridad pública y al secreto profesional; 3º a la **organización económica**, como son las leyes relativas al régimen de los bienes; a la inembargabilidad de algunos de ellos; al derecho de salir de la indivisión, a la prescripción; a la forma de los actos, a la tasa legal del interés; a la libertad y al régimen del comercio y de la industria, etc.; 4º a la moral, como la prohibición de la poligamia, el matrimonio entre parientes próximos; al reconocimiento de los hijos adulterinos e incestuosos; los pactos de sucesiones futuras; juegos de azar, etc., etc. (ver autores cits. t. I, Nº 268 a 269, pág. 241).

Art. XIVº La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas, con tal que sólo miren al interés individual y que no esté prohibida su renuncia.

Reproduce el art. 19 del C. argentino, conforme con el 12 chileno; 8 uruguayo; 15 del colombiano; 11 del ecuatoriano; XII del Tít. Preliminar del nicaraguense.

Art. XV° La existencia, el estado, la capacidad e incapacidad de hecho o de ejercicio de la persona física domiciliada en la República, sea nativa o extranjera, será juzgada por las leyes de este Código, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.

Art. 6º C. argentino; 26 del Proyecto de Texeira de Freitas; 1º del Tratado de Derecho Civil Internacional suscrito en Montevideo a 19 de marzo de 1940 y Ley paraguaya Nº 266 del 19 de 1955 por la cual se aprueba dicho Tratado; art. 1º, inc. 1º Código de Bustamante. Siendo así, como lo es, el art. 15 del presente Código, consagra, como sistema general, el de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros en lo referente al ejercicio de los derechos civiles, el cual es, desde luego, constitucional en el Paraguay (arts. 19 y 36 de la C. del 40). El sistema de la igualdad es propio de la legislación de las naciones americanas que solicitan, promueven y estimulan la inmigración de las razas europeas para el aumento y mestización de su población, como factores de progreso. Ver además: art. 27 del Código de Derecho Internacional Privado suscrito por el Paraguay en La Habana a 13 de febrero de 1928; art. 12 C. C. mexicano; 57 del C. chileno; 22 del uruguayo; 49 C. C. hondureño; 26 C. C. venezolano; V) Tít. Preliminar del C. peruano; 8º C. C. brasileño modificado por el Decreto-Ley Nº 4.657 del 4 de setiembre de 1942; art. 21 C. C. costarricense.
Decimos en el art. XV° que también "**la existencia**" de la persona física domiciliada en la República es regida por las leyes de este código, porque ella hace parte de su estatuto personal, como su estado y capacidad. Estatuye en este sentido el art. 28 del Código de Derecho Internacional suscrito por el Paraguay en La Habana en el año 1928 que: "**Se aplicará la ley personal para decidir si el nacimiento determina la personalidad y si al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le sea favorable, así como para la viabilidad y los efectos de la prioridad del nacimiento en el caso de partos dobles o múltiples**".

Art. XVI° La capacidad o incapacidad de hecho o de ejercicio de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.

Se reproduce así el art. 7º del C. argentino, trasegado del art. 27 del **Esboço** de Texeira de Freitas, por Vélez Sarsfield. Tratándose de un principio de Derecho Internacional Privado por el que se decide el eventual conflicto de leyes que podría suscitar la presencia o incorporación al país de una persona que siendo mayor según las leyes de su anterior domicilio, no lo fuese por las leyes de este Código, tal como lo contempla el art. 139 del Código argentino, hemos preferido conservarlo, sin modificaciones, como lo hizo Bibiloni en el art. 7 de su Anteproyecto. Víctor Romero del Prado, eminente profesor de D. I. Privado de la Universidad de Córdoba, sugirió la siguiente redacción del precepto que nos ocupa: "**El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por mayoridad, emancipación o habilitación judicial**", la cual, aun siendo exacta, no es más clara que el art. 7 del Código argentino (autor cit. **El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora**, Córdoba, 1937). Menos feliz es la redacción propuesta en el art. 2º del Proyecto argentino de 1936, el cual reza: "**Las leyes de la Nación regirán siempre la capacidad o incapacidad de las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones. Pero el ejercicio de los derechos por sí, quedará sujeto a la ley del respectivo domicilio**". La primera parte se refiere, sin duda a la capacidad de derecho, que es la capacidad de adquirir. La segunda se refiere a la capacidad de obrar o de ejercicio. Sabe, empero, a una sensible confusión o descuido decir que la primera se rige por las leyes de la nación y la segunda por la ley "**del respectivo domicilio**", como si la ley del domicilio no fuese ley de la Nación.
Otra simplificación de la norma de que se trata es la consagrada por el art. 2º del Tratado de Derecho Civil Internacional suscrito a 19 de marzo de 1940 en Montevideo, el cual estatuye que: "**El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida**".
La capacidad de hecho o de ejercicio es, como bien dice Bibiloni, la única capacidad que las leyes del domicilio gobiernan. (Anteproyecto, t. I, art. 7 y 8, pág. 2, edición Kraft).
De las nociones elementales ninguna como la noción de la capacidad se ha prestado a tantas confusiones. El ejercicio del derecho, dicen Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, es la aptitud legal de usarlo, de darle vivencia, o el uso que tiene lugar en virtud de esta aptitud (autores y opus cits. t. I, Nº 315, pág. 401). De aquí las incapacidades de las personas que, como los menores o los interdictos, aun gozando de sus derechos, carecen, unos por razón de edad o falta de suficiente discernimiento, y los otros por estar sometidos a una representación permanente, como la del curador, carecen de la aptitud legal para ejercerlos por sí mismos y con entera independencia. (Planiol, opus cit. t. I, Nº 1610, pág. 522, 10ª edición).

Art. XVII° El que mude su domicilio de un país extranjero al territorio de la República, y fuere mayor o menor emancipado, según las leyes de este Código, será considerado como tal, aun cuando sea menor o no emancipado, según las leyes de su domicilio anterior.

Una vez más preferimos traer a este Código el art. 138 del argentino, el cual, a su vez, no es sino trasiego del 76 del **Esboço** de Texeira de Freitas. Es un mero desarrollo de los dos anteriores, por aplicación del cual el chileno que a los veinte y dos años —menor en su patria, donde la mayoridad se adquiere a los veinte y cinco, art. 26 C. Civil de Bello—, mudare su domicilio al Paraguay, donde sería mayor según las leyes de este Código, tendría plena capacidad de obrar o de ejercicio, conforme con la ley de su nuevo domicilio.

Art. XVIII° Pero si fuere ya mayor o menor emancipado según las leyes de su domicilio anterior, y no lo fuere por las leyes de este Código, prevalecerán en tal caso aquéllas sobre éstas, reputándose la mayor edad o emancipación como un hecho irrevocable.

No menos conveniente, por didáctico, es la reproducción o mantenimiento del art. 139 del Código argentino, literalmente traído por Vélez Sarsfield del art. 77 del Esboço de T. de Freitas. Trátase, como observa éste, de una excepción a nuestro art. XV°, porque si la regla de la aplicación de la ley del domicilio prevaleciese

en esta hipótesis inversa a la del artículo anterior, caeríamos en la consecuencia repugnante de juzgar incapaz a un individuo que ya era capaz por la ley de su domicilio anterior. Así, un italiano —mayor de edad en su país a los 21 años— que adquirida su mayoridad trasladase su domicilio al Paraguay, sería plenamente capaz acá, por aplicación de este precepto.

Art. XIXº La capacidad o incapacidad para adquirir derechos, el objeto del acto que haya de cumplirse en la República y los vicios substanciales que éste pueda contener, serán juzgados para su validez o nulidad por las leyes de este Código, cualquiera fuere el domicilio de sus otorgantes.

Este es el art. 949 del Código argentino, con la sola modificación de la incorporación al texto legal de la noción doctrinal de la capacidad o incapacidad de derecho, definida por Teixeira de Freitas en el art. 21 de su **Esboço**, como **"grado de aptitud de toda clase de personas para adquirir derechos, o EJERCER por sí o por otras personas actos que no les son prohibidos"**, y por Vélez Sarsfield con idénticas palabras en la nota al art. 949 de su Código, con el sensible resultado de exponer noción tan elemental a la más grave de las confusiones.

En efecto, la aptitud legal para adquirir derechos es un atributo de la personalidad humana, protegida por la ley desde su concepción en el seno materno, de donde viene que el feto pueda gozar de algunos derechos subordinados en su irrevocabilidad al nacimiento con vida del concebido. El **ejercicio** por sí mismo de esos derechos supone la actuación de la persona en la realización de un acto voluntario, lícito, subordinado en su validez al concurso unitario y coherente de: discernimiento, intención y libertad, requisitos sólo posibles al favor de la mayor edad.

Como no tenemos esclavos, ni hay diferencia entre nacionales y extranjeros para el goce de los derechos civiles, sólo puede darse entre nosotros la incapacidad de derecho por prohibición de la adquisición del propio derecho, como la del art. 3582 del C. argentino según el cual: **"El hijo natural nunca hereda a los abuelos naturales ni a los hijos y parientes legítimos del padre o la madre que lo reconoció"**, o por prohibición del acto, como en los casos contemplados en el art. 1361 del mismo Código, tales como la prohibición a los padres de la compra de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, etc.

Y dado que en tratándose de la capacidad de goce va implícito un interés de orden público, casos hay en que, sin una u otra prohibición, puede ofrecerse una incapacidad de derecho, como por ejemplo la del hijo adoptivo que, adoptado en la Argentina con arreglo a su Ley nº 13.252, heredase allí al adoptante en los bienes radicados en ese país, que es el país de su domicilio, y pretendiese luego heredarle en los bienes dejados por el difunto en el Paraguay, cuyo Código **"no reconoce adopción de clase alguna"**, según así reza la nota al art 4050 del C. de Vélez Sarsfield.

La capacidad para suceder es la capacidad para adquirir por sucesión por causa de muerte. Es capacidad de goce. Siendo así mal puede ser regida por la ley del domicilio de la persona, como reza el art. 3286 y la mención del art. 7º en la nota del C. argentino. El art. 3545 del C. argentino no llama a la sucesión **ab intestato** a los hijos adoptivos, siquiera la ley de su domicilio les confiera vocación hereditaria. El orden sucesorio establecido por dicho precepto es de orden público y siendo así, como lo es, mal puede ser regido por la ley extranjera del domicilio del presunto heredero. Es que la capacidad o incapacidad de derecho es exclusivamente regida por la ley local.

La autoridad de Savigny invocada por Vélez Sarsfield en la nota al art. 3286 ha inspirado contradictorias opiniones entre los exégetas argentinos. Véase: Llerena, t. IX, pág. 44; Segovia, Explicación y Crítica, t. II, art. 3288 de su numeración y nota 18, pág. 399, 1ª edición; Machado, t. VIII, pág. 305 y ss.; Lafaille, Sucesiones, t. I, nº 60, pág. 53; Rébora, Sucesiones, t. II, nº 468 y nota 2, pág. 339, primera edición; Fornieles, t. I, nº 56, pág. 111 y ss.; Guillermo A. Borda, Sucesiones, t. I, nº 73, pág. 69, y confróntese nuestro Tratado de Derecho Hereditario, t. I, nº 13 bis, pág. 94 y ss.

Art. XXº La capacidad de goce y ejercicio es igual para el hombre y la mujer, sea soltera, casada, divorciada o viuda; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, salvo las limitaciones expresamente establecidas por la presente ley.

Art. 23 de la Constitución paraguaya del 40; art. 2º C. mexicano; Convención Interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer, suscrita por el Paraguay en la Novena Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá desde el 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, y su ratificación por la Ley nº 104 del 25 de agosto de 1951; Ley colombiana Nº 28 de 1932; art. 215 de la Ley francesa del 18 de febrero de 1938; Ley uruguaya nº 10.783 del 18 de setiembre de 1946; art. 7º de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y ley alemana de 21 de junio de 1957; Código costarricense, art. 76; C. hondureño, art. 169; C. nicaragüense, art. 153; Código guatemalteco, art. 104; Ley argentina 11.357; Ley sueca del 11 de junio de 1920, Ley dinamarquesa del 18 de marzo de 1925; Ley noruega del 20 de mayo de 1927; Ley finlandesa del 13 de junio de 1929 in Imre Zajtay y Eduardo Vaz Ferreira, Contribución al Estudio de los Regímenes Matrimoniales de Participación, Montevideo 1950; y Eduardo Vaz Ferreira, Los Regímenes Matrimoniales en Derecho Comparado; Marco Aurelio Risolía y Aquiles Horacio Guaglianone, Capacidad Civil de la Mujer Casada. Rébora, Estatuto de la Mujer y las Relaciones Emergentes del Matrimonio; y Ley paraguaya nº 236; y Luis De Gásperi, La Igualdad Civil de los Sexos en el Derecho Comparado.

Art. XXIº Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde están situados, en cuanto a su calidad de tales, a su posesión, a su enagenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son sueeptibles.

Art. 10 del C. argentino y art. 26 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y art. 32 del idéntico Tratado de 1940; art. 4º sugerido por Víctor Romero del Prado in El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, pág. 107, Córdoba 1937; Código de Bustamante, art. 105, siquiera con diferencias de redacción con los del Tratado de Montevideo, pero con idéntico principio. Distinto es el sistema del **The Restatement of The Law of The Conflict of Laws**, caracterizado por la abundancia de decisiones distintas para los diferentes casos que en la práctica podrían

presentarse, tal como el profesor Beale lo esbozó en una síntesis de los millares de casos ofrecidos en el derecho común en vigor en los Estados Unidos. Aunque dignos de estudio los preceptos del **Restatemen** por los ricos matices de cada uno de los casos contemplados por ellos, no corresponde su lugar a la Parte General de este Código.
La sumisión de todo inmueble a la ley de su situación (**lex rei sitae**) es de universal aplicación por todos los países, siendo éste uno de los rarísimos puntos en que la uniformidad ha existido en los diversos períodos de la historia (Pillet y Niboyet, Principios de Derecho Internacional Privado, nº 280, pág. 484, versión castellana de Rodríguez Ramón y H. María Enni, pág. 302 y ss.).

Art. XXIIº Los derechos sobre créditos se reputan situados en el lugar en donde la obligación de su referencia debe cumplirse. Si este lugar no pudiera determinarse al tiempo del nacimiento de tales derechos, se reputarán situados en el domicilio que en aquel momento tenía constituido el deudor.

Los títulos representativos de dichos derechos y transmisibles por simple tradición, se reputarán situados en el lugar en donde se encuentran.

Se reproduce así el art. 33 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. La primera parte de este precepto es conforme con el principio consagrado por el art. 1209 del Código argentino. Lo que sigue, lo es con la regla del art. 1212 del mismo Código. Y la tercera parte, con la **lex rei sitae** aplicada, en este caso, a los muebles **uti singuli**, por oposición a la regla **mobilia sequntur personan**, consagrado por la segunda parte del art. 11 del Código argentino, que desde la antigüedad estuvo limitado en su aplicación a solo las sucesiones.
La antigua regla enunciada por Baldo en el siglo XIV según la cual los bienes muebles siguen a la persona, como su sombra, donde quiera que vayan, fue explicada en razón del escaso valor que por aquella época se confería a las cosas muebles, circunstancia a favor de la cual no se tenía en cuenta, en materia de sucesiones, la situación efectiva de dichos bienes, por oposición al estatuto de los inmuebles, a fin de dar universalidad a las sucesiones mobiliarias. (Pillet y Niboyet, opus cit. nº 478, pág. 719).
Mas al presente, en que la riqueza mobiliaria representa un valor mayor que la inmobiliaria, y en que las sucesiones se abren, no ya en el interés de asegurar un sucesor en el dominio del señor feudal sobre sus tierras, sino para proteger a la familia del difunto, la regla "**mobilia sequntur personan**" se halla abandonada y substituida por la enunciada en el art. 33 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, reproducida por el art. 22 de este Código, similar en varios respectos con lo esbozado por la Sub-Comisión del Título Preliminar en su Anteproyecto de ley relativo al Derecho Internacional Privado, y presentado a la Comisión Plenaria de la reforma del Código francés, en sus arts. 52 y 53 (ver **Travaux de la Comission de Reforme du Code Civil** —**année** 1948-49, pág. 860). Ver además art. 107 del Cód. de D. I. Privado suscrito en La Habana en 1928.

Art. XXIIIº El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

El cambio de situación de la cosa mueble litigiosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originariamente fueron aplicables.

Ver art. 34 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, literalmente trasegado al XXIII de este Código, y Romero del Prado, opus cit. pág. 107.

Art. XXIVº Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, prevalecen sobre los del primer adquirente.

Ver art. 35 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940 y Víctor Romero del Prado, opus cit. pág. 107.

Art. XXVº Los derechos de propiedad industrial están sometidos a la ley del lugar de su creación.

Los derechos de propiedad literaria y artística son regidos por la ley del lugar de la primera edición de la obra a la cual ellos se refieren.

Ver art. 55 del Anteproyecto de la Sub-Comisión del Título Preliminar presentado a la Comisión Plenaria de Reformas del Código francés (opus cit. en nuestra apostilla al art. 22 de este Código, pág. 860), y art. 108 del Código de Derecho Internacional Privado de La Habana.

Art. XXVIº Los barcos de navegación interior y las aeronaves están sometidas a la ley del lugar de su matrícula.

Ver art. 57 del Anteproyecto de la Sub-Comisión del Título Preliminar presentado a la Comisión Plenaria de Reformas del Código francés (opus cit. pág. 861).

Art. XXVIIº Los jueces y tribunales aplicarán de oficio, cuando pro-

ceda, las leyes extranjeras sin perjuicio de los medios probatorios a que se refieren los artículos siguientes.

Superado en nuestros días el sistema opuesto consagrado por el art. 13 del Código argentino, quedó suprimido en el Proyecto de 1936, contra la opinión de Bibiloni que lo había reproducido en el art. 13 de su Anteproyecto. Mas, la aplicación de oficio de la ley extranjera ha tenido su consagración en el art. 408 del Código de Bustamante y ha merecido los auspicios de Romero del Prado en su obra: **"El Derecho Internacional Privado en el Código Civil Argentino y en el Anteproyecto de Reformas** del doctor Juan A. Bibiloni, pág. 13 y en su monografía ya citada, pág. 108, en la que esboza un precepto directamente inspirado en el art. 408 del Código de Bustamante.

Art. XXVIII° La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado extranjero o disienta de ella podrá justificar su texto, vigencia y sentido mediante la certificación de dos abogados en ejercicio de su profesión en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse debidamente legalizada.

Ver art. 409 del C. Bustamante, y Romero del Prado, opus cit. pág. 109.

Art. XXIX° A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón la estimaren insuficiente, podrá solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable.

Ver art. 410 Código de Bustamante y Romero del Prado, opus cit. pág. 108.
Por lo preceptuado en estos tres últimos artículos optamos por el sistema moderno, según el cual la ley extranjera es un derecho aplicable de oficio, por oposición al consagrado por el Restatement, según el cual, ella es un hecho que debe ser alegado y probado, bajo pena de no ser tenida en cuenta por el Juez, tal como lo preceptúa el art. 13 del Código argentino.

Art. XXX° Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1° Cuando su aplicación se oponga al derecho público, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres;

2° Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de las disposiciones de este Código;

3° Cuando fueren de mero privilegio;

4° Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

Conservamos el art. 14 del Código, sin otra supresión que lo referente al **"derecho criminal de la República"** por supérfluo, pues, formando éste parte del Derecho público, no hacía falta mencionarlo disyuntivamente con él. Hemos preferido así la redacción de Vélez Sarsfield a la del art. 6° del Proyecto argentino de 1936, con la que nada se adelanta.

Art. XXXI° La forma extrínseca de los actos jurídicos, públicos o privados, se rige por la ley del lugar de su celebración, salvo los otorgados en el extranjero con las solemnidades prescriptas por este Código o ante los funcionarios diplomáticos o consulares competentes de la Nación, los cuales serán válidos aunque su forma no se ciña a la ley local extranjera.

Substituye este artículo a los art. 12 y 950 del C. argentino.
Aconsejada la supresión del art. 8° del Código argentino por las confusiones a que ha dado lugar entre los exégetas, viene la primera parte de nuestro art. XXXI inspirado en el art. 11 de la Ley de Introducción del Código del Brasil, y su segunda parte en el in fine del art. 5° del Proyecto argentino de 1936, el cual, a su vez, es trasiego del art. 12 del Anteproyecto de Bibiloni.
La regla **locus regit actum** enunciada por Bartolo, es de universal aplicación, siquiera no obligatoria, desde que los paraguayos residentes en el extranjero bien podrían optar por la observancia de las solemnidades prescriptas por las leyes de este Código al autorizar sus actos privados o públicos por el Cónsul paraguayo de la localidad donde se hallaren. Los cónsules actúan como oficiales del Estado Civil, autorizan escrituras públicas, reciben protestos de letras de cambio, presiden la celebración de matrimonio, aprueban o abren testamentos (ver Bevilaqua, **Commentarios**, t. I, art. 11, pág. 128).
Concuerda esta disposición con los arts. 47, 170 y 999 del C. francés; 26 del italiano de 1942; 11 del español; 15 y 13 del mexicano; 6 del uruguayo; 17 del chileno; 11 del venezolano de 1942; XX del Título Preliminar del C. peruano; 16 y 17 del ecuatoriano; 15 del hondureño; 14 del nicaraguense.

Art. XXXII° Los medios de prueba son regidos por la ley del lugar donde se celebró el acto u ocurrió el hecho que se tiene que evidenciar.

Art. 12 de la Ley de Introducción del Código brasileño, el cual venía inspirado en el parágrafo 2° del art. 10 del Código italiano de 1865, pero ahora suprimido en el art. 27 del Código de 1942. Juzga, empero Bevilaqua, el mantenimiento de esta norma, como lógica consecuencia de la regla **locus regit actum** y de la íntima

vinculación de la forma del acto y de su prueba. Ver: art. 2º del Tratado de D. Procesal I. de Montevideo de 1940.
El modo de producir las pruebas indicadas por la ley, es determinado por la ley del juez o sea la lex fori (art. 2º Trat. de D. Procesal Internacional de Montevideo de 1940).
De aquí los siguientes preceptos esbozados por Víctor Romero del Prado para su incorporación al Proyecto argentino de 1936, que sólo reproducimos en esta apostilla por su carácter eminentemente doctrinal:
1º La ley que rija la relación de derecho objeto del juicio civil o mercantil, el delito y cuasi delito, determina a quién incumbe la prueba.
2º Para decidir los medios de prueba que pueden utilizarse en cada caso, es competente la ley del lugar en que se ha realizado el acto o hecho que se trate de probar, exceptuándose los no autorizados por la ley del lugar en que se sigue el juicio.
3º La forma en que ha de practicarse toda prueba se regula por la ley vigente en el lugar en que se lleva a cabo.
4º La apreciación de la prueba depende de la ley del juzgador.
Traídos estos preceptos de los arts. 399 a 401 del Código de Bustamante, podrían omitirse en un Código, como el presente, pues, el de Bustamante es un Código tipo susceptible de ser adoptado por convenciones internacionales o por la ratificación del Código de Derecho Civil Internacional de La Habana de 1928, cuyos arts. 398 a 401 son idénticos a los propuestos por Romero del Prado en su obra, varias veces citada, pág. 114.

Art. XXXIIIº Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República serán válidos siempre que consten de instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efectos una vez que se los haya protocolizado por orden de juez competente.

Este precepto reproduce el art. 253 del Proyecto argentino de 1936, el cual a su vez es copia del 451 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni, trasunto mejorado del 1211 del Código argentino, cuya nota debe agregarse a esta apostilla.

Art. XXXIVº La sucesión legítima o testamentaria, el orden de la vocación hereditaria, los derechos de los herederos y la validez intrínseca de las disposiciones del testamento, cualquiera sea la naturaleza de los bienes, se rigen por la ley del domicilio del fallecido.

Art. 14 de la Ley de Introducción del Código del Brasil; art. 3283 del C. argentino; 2888 del Anteproyecto de Bibiloni; 1854 del Proyecto de 1936. Agréguese a esta apostilla la nota de Vélez Sarsfield al art. 3283 de su Código. Véase además: arts. 23 C. italiano de 1942; 10 segunda parte del español; VIII del Título Preliminar del Cód. peruano; 939 del nicaraguense; 934 del hondureño; 1017 del ecuatoriano, etc.

Art. XXXVº La capacidad para suceder en la República, es regida por las leyes de este Código al tiempo de la muerte del autor de la sucesión.

Corregimos el sensible error del art. 3286 del Código argentino, según lo dejamos explicado en la apostilla al nit. XIX y lo que dejamos expuesto en la pág. 99 del t. I de nuestro Tratado de Derecho Hereditario.

Art. XXXVIº Los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, promovidos por ante los jueces y tribunales de la República, se tramitarán con arreglo a la ley de enjuiciamiento civil vigente al tiempo de su iniciación. Serán siempre competentes los tribunales paraguayos para entender y conocer de las demandas contra personas domiciliadas o residentes en el Paraguay, por obligaciones contraidas o responsabilidades asumidas dentro o fuera de la República.

Art. 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940 y art. 15 de la Ley de Introducción del Código del Brasil.

Art. XXXVIIº Las sentencias y fallos arbitrales dictados por tribunales extranjeros en asuntos de Derecho Privado tendrán en la República la misma fuerza que en el país en donde fueron pronunciados, si reunen los requisitos establecidos en los arts. 5º al 15º del Tratado de Derecho Procesal Internacional suscrito en Montevideo en el año 1940.

Ver el Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1940; arts. 423, 432 y 433 del Código de Bustamante; arts. 429 a 432 del Restatement; arts. 423 a 433 del Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana de 1928; art. 16 del C. C. brasileño; art. 27 del C. italiano de 1942.
Ha de tenerse en cuenta la diferencia entre el Código de Bustamante y lo estipulado en el Tratado de Montevideo. En efecto., mientras el primero admite la ejecución de las sentencias dictadas en materia contencioso-administrativa, el Tratado no lo admite. En el Código, la competencia del tribunal que ha dictado la sentencia de cuya ejecución se trata, se determina de acuerdo con las reglas establecidas por el mismo Código, o sea que la ejecución de sentencias extranjeras no se limita a las que proceden del ejercicio de acciones personales, al paso que el Tratado dispone que la sentencia o fallo debe haber sido expedida "por tribunal competente en la esfera internacional" y exige la declaratoria en rebeldía de la parte condenada, mientras el Código Bustamante sólo exige citación a la parte o a su representante legal.
El Código emplea, respecto a los documentos que deben presentarse, la fórmula general de que la sentencia debe reunir los necesarios requisitos de autenticación y legalización, apreciados los primeros según la ley del Estado en donde la sentencia fue dictada, al paso que el Tratado estatuye que ellos deben apreciarse de conformidad con la ley del Estado en que se aspira que la sentencia sea cumplida. A estos efectos, enumera las piezas que deben presentarse.

Estas difrencias son en la actualidad objeto de estudio con mira a su armonización. Mas, para evitar equívocos este Código se decide por las estipulaciones del Tratado, hasta mejor ver.
Bueno es tener en cuenta que en la doctrina del common law la sentencia produce efectos novativos, tal como por Derecho romano se extinguía la obligación correal por efecto de la litis contestatio trabada entre el acreedor y uno de sus codeudores. Siendo así, dictada en este juicio sentencia absolutoria a favor del demandado, no podía el acreedor perseguir a cualquiera de sus otros codeudores sin exponerse a la excepción rei judicate, tal como lo explicamos en nuestro Tratado de las Obligaciones, t. II, Nº 891, pág. 99.
Explícase así que expositores del commo law, como Vigny y Brockelbank digan que: "La sentencia reemplaza el derecho primitivo por un derecho a la condenación, y (que) este derecho es considerado exactamente como cualquier otro derecho. Desde el punto de vista de su adquisición, debe el Estado tener la misma competencia para crear un derecho, sea por aplicación de su propia ley, sea por una sentencia, sea por una decisión administrativa".
A mayor abundamiento, la expresión "tribunal que ejerce el poder judicial", se interoreta en sentido amplio; comprende la jurisdicción contencioso administrativa, y así se ha admitido que una sentencia del Consejo de Estado de Francia queda comprendida por los términos referidos. Desde este punto de vista, coinciden el **Restatemen** con el Código de Bustamante.
El **Restatemen** no admite el procedimiento del exequatur consagrado por el derecho latino. (véase: Comité Jurídico Interamericano, Estudio Comparativo del Código Bustamante, Los Tratados de Montevideo y el **Restatement of Conflict of Laws**, Unión Panamericana, 1954, pág. 174.

Art. XXXVIII La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado constituídas en el extranjero, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercer en la República todas las acciones y derechos que les correspondan, de acuerdo con las leyes de este Código.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes de la República.

Esta regla es aplicable a las sociedades extranjeras.

Ver: art. 4º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y 8 del Tratado de Derecho Comercial terrestre Internacional suscrito en la misma ciudad a 19 de marzo de 1940; art. 19 de la Ley de Introducción del Código brasileño; 34 del C. Civil argentino. Ver: Pillet y Niboyet, opus cit. pág. 128, bis 139 a 205; Michoud, **La Théorie de la Personnalité Morale**. t. I, Nºs. 315 a 332, pág. 321 y ss.; etc.

Art. XXXIXº Los Estados y las demás personas jurídicas del Derecho Público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de la República, de conformidad con las leyes de este Código, pero no podrán poseer, por cualquier título que sea, propiedad inmueble, salvo los predios necesarios para el establecimiento de embajadas o legaciones y consulados.

Ver sobre la primera parte el art. 3º del Tratado de D. C. Internacional de Montevideo, de 1940; y respecto de la segunda, el art. 20 del C. C. brasileño.

Art. XLº Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención.

Ver art. 18 del C. argentino.

Art. XLIº Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en Derecho privado, aunque anteriormente una disposición semejante hubiese estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial.

Ver art. 22 C. C. argentino.

LIBRO PRIMERO

SECCION I

DERECHO DE LAS PERSONAS

TITULO PRIMERO

DE LAS PERSONAS FISICAS

CAPITULO I

De la Personalidad

Artículo 1º Este Código inviste de capacidad de derecho o de goce al ser humano desde su concepción en el seno materno para la adquisicion de bienes por donación, herencia o legado, como si ya hubiere nacido, pero subordinada su irrevocabilidad a la condición de que nazca con vida, aunque fuera por instantes después de estar enteramente separado del seno materno por la ruptura del cordón umbilical.

Art. 1º C. alemán; 11 C. C. suizo; 1º C. italiano; 4º C. brasileño, 31 Anteproyecto de Bibiloni; 14 Proyecto argentino de 1936; 17 C. venezolano; 1º del peruano; 22 del mexicano; 77 del chileno; 93 del colombiano; 69 del ecuatoriano; 54 del hondureño; 12 del nicaraguense; 6º del portugués; 7 del de la República de China; 29 del español; etc.

Siendo así, como lo es, es punto menos que de universal aplicación en el Derecho moderno el viejo principio romano: **"nasciturus pro jam nato habetur, quoties de commodis ejus quaeritur."** Es de Juliano la decisión según la cual: **"Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse"** D. (Lib. I, tít. V, ley 26) y de Venuleius sobre el Senatus Consulto Tertullianum que: **"Quod dicimus eum qui nasci speratur, pro superstite esse; tunc verum est, cum de ipsius jure quaeritur. Aliis autem non prodest"**. (D. Lib. I, Tít. V, ley 26).

Confróntese: Ennecerus, Derecho Civil, Parte General, parág. 77, pág. 327, versión castellana de Pérez González y Alguer; Nota de Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullman y Salelles al art. 1º de su traducción francesa del Código alemán, t. I, pág. 1 y ss.; Von Tuhr, Derecho Civil — Teoría General del D. Civil Alemán, t. I, pág. 97, edic. Depalma; Curti-Forrer, Commentaire du **Code Civil Suisse**, art. 11, pág. 13 y ss.; Bevilaqua, Código Civil **commentado**, t. I, 163; Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, t. II, parág. 15, 2, pág. 9, (versión castellana de Sentis Melendo).

Se trata, en este caso, de la capacidad de adquirir, no de la de ejercer los derechos.

Abandonamos la terminología corrientemente empleada para designar al hombre, como la de **"personas naturales"** del Código brasileño y del proyecto argentino de 1936 y del Anteproyecto de Bibiloni, o de **"personas de existencia visible"** del Código argentino, cuando de lo que se trata es sólo de la capacidad de adquirir, capacidad de goce o de derecho del **hombre**, como reza el art. 1º del Código alemán.

"En algún caso raro, —enseña Messineo— la ley (c. italiano) toma también en consideración la suerte del no concebido todavía, el cual es algo **menos** que una **esperanza** de hombre, porque puede ocurrir que no sea nunca concebido. Esto tiene lugar, a propósito de la sucesión testamentaria y de la donación.

"Los artículos 462, tercer apartado, 643, primer apartado, 715, tercer apartado, 784, primer apartado, 785, tercer apartado, proveen al respecto, con la limitación de que pueden atribuirse al no-concebido derechos sucesorios y donación, **siempre** que se trate de hijo (inmediato) de persona **determinada** y ya **viviente** en el momento de la muerte del testador o, respectivamente, en el momento de la donación, es decir en el momento del perfeccionamiento de ésta (art. 782 y cfr. 139 Nos. 8 y 10); y **siempre que siga el nacimiento**". (autor y opus cits. t. I, pág. 91).

Art. 2º Se presume, sin admitir prueba en contra, que el máximun legal de duración del embarazo de la madre del nacido vivo es de trescientos días incluso el día del matrimonio o el de su disolución y el mínimun de ciento ochenta días, computados desde el día anterior al del nacimiento, sin incluír en ellos ni el día del matrimonio, ni el de su disolución.

Ver arts.: 76 y 77 C. argentino; 15 del Proyecto argentino de 1936 y 40 del Anteproyecto de Bibiloni. Presunción es ésta que los Códigos alemán, suizo, brasileño e italiano relegan a la ginecología, por lo que omiten consagrarla. Es mencionada en el Inc. 2º del Esboço de Teixeira de Freitas, como uno de los requisitos a que se subordina la representación de la persona por nacer, y como necesaria para que la herencia o el bien legado o donado pueda ser irrevocablemente adquirido por el nacido. Ver Bibiloni, opus cit. t. I, nota a los arts. 763 y 764 de su Anteproyecto, pág. 322, edición Kraft.

Art. 3º Se tendrá por reconocido el embarazo de la madre por su sola declaración, la de su marido o la de otras personas con un interés jurídico en el nacimiento del concebido, cuya filiación no podrá ser impugnada, ni ser objeto de pleitos antes que él nazca con vida.

Ver arts. 65 a 67 del Código argentino; 32 a 34 del Anteproyecto de Bibiloni; 17 a 19 del Proyecto de 1936.

Art. 4º La representación de las personas por nacer cesa el día del parto, o antes cuando hubiere transcurrido el tiempo máximo de duración del embarazo sin que el alumbramiento haya tenido lugar.

Ver art. 61 del Esboço de T. de Freitas; 69 del Código argentino; 35 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 5º Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieron al parto hubieren oído la respiración o la voz del nacido, o hubieren observado otros signos de vida.

Ver art. 38 del Anteproyecto de Bibiloni, por el que se suprime la presunción del art. 75 del Código, reproducida por el art. 20 del Proyecto de la Comisión. En esta discrepancia, damos la razón a Bibiloni porque la verdad es que "no existe en esta materia motivos para alterar la regla general de la prueba. El nacimiento —agrega él— es un hecho que produce efectos en favor y en daño de ciertos intereses. Quien funda en él un derecho debe acreditarlo y la ley no tiene por qué dar por establecido lo que es eventual y contigente. La presunción del art. 75 es arbitraria, porque no es lo que ocurre con mayor frecuencia que los recién nacidos mueran en los primeros instantes de la vida. El hecho opuesto es el normal. Si hay, por consiguiente, duda sobre si fue el nacimiento con vida o no, la muerte no la desvanece; al contrario, la engendra".

Art. 6º Los nacidos en un solo parto tendrán todos igual edad.

Ver: art. 41 Anteproyecto de Bibiloni y 21 del Proyecto de 1936; 55 del C. hondureño; 3º del guatemalteco.

Art. 7º Dependiendo un efecto jurídico de la supervivencia de una persona a otra y no constare cuál de ambas sea la primera en morir, se juzgará que las dos murieron en el mismo momento.

Ver art. 4º Código Italiano; 109 C. argentino; 56 Anteproyecto Bibiloni; 40 Proyecto arg. de 1936; 7º C. chileno; 95 del colombiano; 71 del ecuatoriano; 1041 del uruguayo; 7º del peruano; 82 del hondureño; 47 del nicaragüense; 32 segunda parte del C. C. suizo; 20 del C. alemán; 19 del costarricense; 4º del guatemalteco. Si por regla general esta regla se aplica cualquiera sea el caso en que ocurra el fallecimiento de dos personas de la supervivencia de una de las cuales dependiere la adquisición de derechos hereditarios, sin que sea posible probar cuál de ambas fue la primera en morir, no hace falta agregar por vía de ejemplo: el "desastre común" que dice el art. 109 del C. argentino, ni "un naufragio, incendio, ruina o batalla", como reza el art. 79 del Código de Chile, pues, lo que importa es la imposibilidad de evidenciar por prueba cierta el orden en que sus fallecimientos han ocurrido. Tal es la razón por la cual preferimos la redacción del art. 4º del Código italiano.

CAPITULO II

De la capacidad e incapacidad de hecho

Art. 8º Consiste la capacidad de hecho en la actitud legal de ejercer por sí mismo sus derechos y contraer obligaciones con entera independencia de una representación necesaria. Este Código reputa plenamente capaz a todo ser humano que haya cumplido veinte y dos años de edad y no haya sido expresamente declarado incapaz o privado de un derecho. En su virtud, le son permitidos todos los actos y todos los derechos que no le fueren expresamente prohibidos, independientemente de su sexo, su calidad de ciudadano y de su capacidad política.

Ver: arts. 52, 53 y 126 del C. argentino; 2º C. italiano; 11, 12, 13 y 14 C.C. suizo; 2º C. alemán; 2, 3, y 9 C. brasileño; 42, 112 y 115 Anteproyecto de Bibiloni; 23, 42 Proyecto argentino de 1936; nuevo art. 7º del Código francés.
Aun cuando por no ser un Código lo que un Tratado de Derecho, bien puede, omitir las definiciones, preferimos esta vez incurrir en lo que a muchos podría parecer ocioso, cual es definir la noción elemental de la capacidad de hecho o de ejercicio, y la de la incapacidad correlativa, prestada a expresiones anfibiológicas, como lo apunta Planiol, al explicarlas. (t. I, Nº 1610, pág. 522, 10ª. edición). Así, son absolutamente incapaces de hecho las personas por nacer, los dementes, etc. Es la incapacidad propiamente dicha. Mas cuando por el art. 1160 del C. argentino se priva a los religiosos profesos de la aptitud legal necesaria para contratar, a menos que lo hagan por sus conventos, o que compren bienes muebles a dinero de contado, la ley les incapacita relativamente a la adquisición contractual del dominio. Lo mismo ocurre en todos los casos en que la ley prohibe aun a las personas mayores de edad la realización de ciertos actos o la adquisición de determinados derechos.
La distinción de la capacidad de hecho y de la de derecho o de goce, resulta inaplicable a aquellos derechos cuyo ejercicio separado del goce no es concebible, porque su titular debe ejercerlos por sí mismo so pena de no

ejercerlos, como el derecho de casarse o de testar (ver Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, t. I, Nº 315, pág. 401, 3ª. edición).

Art. 9º Son absolutamente incapaces de hecho:
1º las personas por nacer;
2º los menores impúberes;
3º los pacientes de enajenación mental;
4º las personas desaparecidas con presunción de fallecimiento·
5º los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Reproduce este artículo lo estatuido en el art. 54 del Código argentino, con las modificaciones que pasamos a explicar. Bibiloni que lo trasegó al art. 43 de su Anteproyecto, substituyó la locución: **"los dementes"** por la de **"los interdictos"**, como si los enfermos mentales no interdictos, pero señalados por un psiquiatra, como de necesaria internación en un manicomio, fuesen capaces, o como si las personas que por cualquier causa hubiesen perdido el uso de su razón, que dice el art. 921 del Código argentino, tuviesen discernimiento y fuesen igualmente capaces. Según este extraño juicio, el borracho que chapotea en su vómito, podría otorgar válidamente un acto jurídico autorizado por un Escribano, como su testamento, aunque al notario le pareciese que deliraba, y sólo porque no estaba sometido a interdicción o sea a una representación necesaria. Evidente es que el Notario que obrase así sería un irresponsable. El art. 3615 del Código argentino estaría demás, sin embargo de su extrema claridad al preceptuar que: **"Para testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón"**. No exige que el que aparentemente, a ojos vista, ha perdido su discernimiento, deba ser previamente declarado por tal y sometido a interdicción, para que los Escribanos se abstengan de recibir sus disposiciones de última voluntad. La nota con que Vélez Sarsfield ilustra ese precepto es clarísima para comprender que aun los **dementes** no declarados tales en juicio, carecen de aptitud legal para testar. "Nombramos sólo —agrega la apostilla— a los dementes, porque la demencia es la expresión genérica (según la clasificación de Esquirol) que designa todas las variedades de la locura; **es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos.** Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura contínua o intermitente, la locura total o parcial, la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo etc. **La primera parte del artículo comprende la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón".**

De lo que sigue de esta nota se infiere que Vélez Sarsfield bebía estas nociones en las obras de Medicina Legal de su tiempo, según las cuales se daba por incontestable la existencia del **intervalo lúcido** en ciertos estados de perturbación mental, que la psiquiatría moderna niega en absoluto, como puede verse en **"La Psiquiatría en la Legislación Civil"** del Profesor Nerio Rojas, (págs. 30 y 145, edic. B. Aires, 1938). Mas, como bien lo explica esta autoridad, "en psiquiatría, en clínica psiquiátrica, esa expresión **"Intervalos lúcidos"** ya no existe. La psiquiatría moderna no la usa. No se la enseña a los alumnos, porque la psiquiatría la ignora; porque se ha rectificado en absoluto todo ese concepto". Explícase así que Rojas proponga la supresión de la locución **"manía parcial"** del art. 141 del Código argentino, porque en la práctica ha caído en desuso y en los tribunales ha perdido todo su valor. Agrega que lo que el psiquiatra antiguo llamaba **"manía parcial"**, tratándose de alienados delirantes, son trastornos morbosos completos, puesto que son alienados. Este parecer justifica la disidencia de Troplong con los médicos de su tiempo respecto a la monomanía, que según ellos no hace al hombre incapaz sino en lo que se relaciona a la parte atacada de la inteligencia; pero que fuera de ella sus actos, siendo razonables, deben ser juzgados como los de un hombre en completo juicio. Troplong sostenía lo contrario, diciendo que todas las monomanías son locuras, que aunque parciales y circunscriptas en apariencia, son sin embargo indicios ciertos de una perturbación radical. Partía Troplong del principio de la indivisibilidad de la razón. Vélez Sarsfield no compartió su doctrina. Mas con el correr del tiempo, la propia cátedra argentina de Psiquiatría se ha encargado de dar razón a Troplong.

Otra novedad en esta materia es la substitución propuesta por el Profesor Rojas de la expresión: **"dementes"** del art. 54 inc. 3º del Código argentino por la locución que adoptamos en su lugar: **"enfermos de enagenación mental"**, porque aun cuando a estar a la antigua terminología de los psiquiatras franceses "la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura", tal como así lo anota Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 3615 del Código de su nombre, no sería posible valerse del vocablo: **"dementes"** para catalogar a una categoría de absolutamente incapaces, precisamente por corresponder a una noción genérica de difícil caracterización.

En cambio, la expresión: **"enfermos de enagenación mental"** es definible, según nuestro autor como **"un trastorno general y persistente de las funciones intelectuales, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, y que impide su adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni la sociedad".**

Agrega Rojas que cuatro serían así los elementos integrantes de esta definición:

1º el trastorno de las funciones intelectuales;
2º la falta de autocrítica (el enfermo ignora que está enajenado);
3º la desadaptación del medio en reacciones francamente delictuosas; y
4º la morbosidad de su desadaptación, caracterizada por su falta de utilidad para sí y para la sociedad.

Si, para el alienista, la enfermedad del paciente reune estos extremos debe éste ser internado. No presentando su trastorno esos caracteres, no es enagenado para el psiquiatra. Tal es el parecer del Profesor Rojas.

Siendo así, y refiriéndose el inc. 3º del art. 9 de este Código a los enagenados que por la gravedad de su perturbación mental deben ser internados, sabría a ociosidad preguntar si para tenerles por absolutamente incapaces de obrar deben previamente ser declarados por tales por juez competente y sometidos a la representación necesaria de un curador, o si por el contrario debe considerárseles de hecho ineptos para el ejercicio por sí mismos de sus derechos?

Teixeira de Freitas, al esbozar el inc. 3º del art. 41 de su Proyecto, agregó al vocablo: **"dementes"**, la locución: **"declarados como tales en juicio"**, no sin reconocer en su apostilla que los **dementes no declarados** como tales en juicio, son también incapaces, **"pero sólo por imposibilidad moral de obrar"**, por oposición a los declarados que son incapaces, no sólo por imposibilidad moral de obrar, sino también **"por la dependencia en que vienen a quedar de una representación necesaria".**

Explícase así que sin apartarse Vélez Sarsfield del modelo, estatúyese en el inc. 3º del art. 54 del Código argentino que tienen incapacidad absoluta **"los dementes"**, sin perjuicio de preceptuar en el art. 140 **"Que ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan,** (o sea de someterle a la representación necesaria de un curador), **sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente"**, también trasgado del art. 78 del Esboço de Teixeira de Freitas.

Cuesta trabajo admitir que Vélez Sarsfield no haya discernido la diferencia entre la ineptitud de obrar del demente no declarado y la del declarado como tal en juicio, como parece que se pretende al querer enmendarle la plana en el inc. 3 del art. 43 del Anteproyecto de Bibiloni y el inc. 3º del art. 23 del Proyecto argentino de 1936.

Engañados están los que así piensan. Al apartarse Vélez Sarsfield del modelo que tenía a la vista, comprendió

que basta la sola imposibilidad moral de obrar por sí mismo para que el paciente de tal inhabilitación, sea considerado **"absolutamente incapaz"** sin otra diferencia del demente declarado por tal en juicio que la prueba de esa ineptitud y la naturaleza de la nulidad del acto cumplido por uno u otro enagenado mental, difícil en el primer caso y sólo anulable lo que hubiere hecho en el desequilibrio de sus facultades mentales, tal como lo estatuye el art. 1045 del Código argentino, concordante con los arts. 921 y 900 del mismo cuerpo legal; y fácil su prueba, por preconstituída, en el segundo, con el efecto de la nulidad absoluta con que el art. 1041 del mismo Código sanciona los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria.
Tal es la doctrina en que se inspira el inc. 3º del art. 9º de este Código. No nos es posible seguir en esta materia las inspiraciones del Proyecto argentino de 1936 que no sólo suprimió del grupo de los absolutamente incapaces de hecho a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, sino que además introdujo un vocabulario que, según Nerio Rojas, es muy heterogéneo, expuesto a sensibles confusiones, relativas a la enagenación mental (ver autor y opus cits. pág. 32).

Art. 10. — Son incapaces respecto a ciertos actos o del modo de ejercerlos, los menores adultos, y aquellos a quienes a pesar de su mayoridad se prohibiere el ejercicio de un derecho o la celebración de un acto determinado.

Ver art. 55 C. argentino: 44 del Anteproyecto de Bibiloni; su supresión por el Proyecto de 1936. En este Código se conserva la distinción del art. 127 del Código argentino entre menores **impúberes** o sea menores de catorce años cumplidos, y los menores **adultos**, que son los que fueren de esta edad hasta los veinte y dos años, porque juzgamos preferible a la innovación el mantenimiento de la tradición, en este caso tan ajustado al estilo de la vida paraguaya. Es así como procede el Código brasileño, con la diferencia de que según su art. 5º, inc. I, son absolutamente incapaces los menores de diez y seis años; e incapaces sólo relativamente a ciertos actos o a la manera de ejercerlos, los mayores de diez y seis años y menores de veinte y un año, art. 6º inc. I. Análogas son las distinciones, por razón de edad, establecidas en el art. 26 del Código chileno; 34 del colombiano; 21 del ecuatoriano; 7 y 8 del nicaraguense; 9 y 10 del peruano; 22 y 23 del costarricense.

Art. 11. — Cesará la incapacidad de obrar de los menores:

I) de los varones y mujeres de 18 años cumplidos, por sentencia de Juez competente ante quien se acredite su conformidad y la de su padre, y por su muerte, la de su madre, y en defecto de ambos la de su tutor para el ejercicio del comercio u otra actividad lucrativa con recursos propios;

II) de los varones de diez y ocho años y las mujeres de catorce años cumplidos, por su matrimonio, con las limitaciones establecidas por los arts. 197 y 198 de este Código;

III) por la colación de grado científico universitario..

La emancipación así obtenida es irrevocable, incluso por divorcio. Mas, si el matrimonio fuere anulado, la emancipación será de ningún efecto.

Ver: arts. 3 y 4 C. alemán; 15 del C. suizo; 9 del brasileño; 3 del italiano de 1942; 477 y 478 del francés; 304 del portugués; 314 inc. 3º del español; 264 y s. s., del chileno; 302 a 307 del uruguayo; 10 del C. de Comercio paraguayo e idem del argentino; 382 a 384 del venezolano; 11 del peruano; 312 a 315 del colombiano; 94 del mexicano; 285 a 288 del ecuatoriano; 263 a 264 del hondureño; 271 a 274 del nicaraguense; 152 a 156 del costarricense; 117 del Anteproyecto de Bibiloni; 43 del Proyecto argentino de 1936 y 132 del C. orgentino.

Art. 12. — Este Código suple la ineptitud de obrar de los incapaces absolutos y relativos por la representación necesaria de:

I) las personas por nacer, acordada a los padres y por incapacidad de éstos, a los curadores que se les nombre;

II) de los menores, acordada a los padres, y en defecto de ellos, a los tutores; y

III) de los enajenados mentales sometidos a interdicción, los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito y las personas desaparecidas con presunción de fallecimiento, acordada a los curadores respectivos.

Estas representaciones son extensivas a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.

Ver: arts. 58 y 62 C. argentino; 47 y 49 del Anteproyecto de Bibiloni; 24 del Proyecto argentino de 1936; 7º del C. brasileño; 1630, 1793 y 1910 del C. alemán; 19, 279, 368, 369 y 392 y s. s., del C. suizo; 159 y 262 del C. español y arts. 7 9 de sus Disposiciones Transitorias; 389, 502 del C. francés; 320, 357, y 424 del italiano; 137, 243, 321 y 337 del portugués; 252, 313 y 431 del C. uruguayo; 261, 347 y 394 del venezolano; etc.

Art. 13. — Ofreciéndose contradicción de intereses entre los del incapaz y los de su representante necesario, será éste substituido por un curador especial, para el caso de que se trate.

Art. 61 C. C. argentino; 48 Anteproyecto de Bibiloni; 25 del Proyecto argentino de 1936, traidos del art. 51 del Esboço de Teixeira de Freitas.

CAPITULO III

Del nombre de las personas

Art. 14. — Toda persona goza del derecho de suscribir sus actos públicos y privados, su correspondencia activa y sus producciones científicas y literarias con el nombre asignádole en su partida de nacimiento o reconocimiento, asentado en acta del Registro del Estado Civil, sea uno o más los prenombres y los cognaticios, enteros o abreviados, como lo prefiera. La firma que adopte a tales efectos, estampada al pie de instrumentos públicos o inscripta en los registros de los Bancos con los cuales mantenga relaciones de crédito, es propiedad exclusiva de su titular.

Art. 6 C. C. italiano; 50 Anteproyecto de Bibiloni y 26 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 15. — El que es perjudicado por la usurpación de su nombre y apellido, o sólo de su apellido, de la que derive perturbación o confusión dañosa en sus actividades privadas o públicas, tiene acción para hacerla cesar y para que se le indemnicen los daños y perjuicios que la suplantación le ha causado. Esta disposición es aplicable a las personas jurídicas.

Ver art. 12 C. C. alemán; 29 suizo; 7 del italiano; 14 del peruano; 50 del Anteproyecto de Bibiloni y 26 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 16. — Nadie puede cambiar de nombre o apellido ni añadir otro a los suyos, sin autorización del juez de su domicilio para la rectificación de su partida de nacimiento.

Ver art. 15 C. peruano; 53 del Anteproyecto de Bibiloni y 29 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 17. — El cambio o adición del nombre no altera el estado ni la condición civil del que lo obtiene, ni constituye prueba de la filiación.

Ver art. 17 C. peruano.

Art. 18. — El que quiera ejercer una actividad lucrativa de Derecho privado ya emprendida o explotada por otro con el mismo nombre o razón social, podrá hacerlo pero con agregados o supresiones que eviten toda confusión o competencia desleal.

Ver art. 51 Anteproyecto de Bibiloni y 27 del proyecto argentino de 1936.

Art. 19. — La acción por usurpación de nombre puede ser ejercida no sólo por el titular del nombre usurpado, sino también por cualquiera de sus parientes legítimos en grado sucesible que justifique un interés legítimo en la tutela del nombre por razones de familia dignas de ser protegidas.

Ver art. 8 C. Italiano.

Art. 20. — El seudónimo, usado por una persona de modo tal que haya adquirido la importancia del nombre, puede ser tutelado de conformidad al sentido del art. 15.

Ver art. 9 C. Italiano.

Art. 21. — La decisión judicial que autorice el cambio o adición de nombre se publicará durante quince veces en un periódico señalado por el Juez y se anotará al margen de la partida de nacimiento.

Ver art. 16 C. C. peruano y 53 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 22. — La persona perjudicada por un cambio de nombre puede impugnarlo judicialmente dentro de un año a partir del día en que se publicó la sentencia del juez que lo autorizó.

Art. 18 C. peruano; 53 Inc. 2º del Anteproyecto de Bibiloni y 29 del Proyecto de 1936.

Art. 23. — Corresponde el uso del apellido:

I) a la mujer casada, el del esposo, desde la celebración de su matrimonio. Mas si ella, por sus obras científicas, literarias o artísticas o por la dirección u organización de alguna industria o hacienda, comercial o financiera, hubiere ganado con su nombre de soltera reputación que le asegure nombradía, beneficios económicos o una clientela que podría disminuir o perderse por el cambio de su nombre, podrá renunciar de hecho al cambio. Esta regla se aplicará igualmente a la mujer viuda que contrajere segundas nupcias. Siendo ella divorciada y no culpada del divorcio, podrá optar entre conservar el apellido de su marido o renunciar de hecho a él;

II) a los hijos legítimos, el de su padre y madre;

III) a los hijos ilegítimos, el del padre o el de la madre que los reconoció, voluntariamente o por sentencia.

Sobre el Inc. 1º ver el art. 17 de la Ley paraguaya Nº 236; los arts. 240 del C. brasileño; 1355 y 1577 del alemán y 136 del C. Panamericano de F. Cosentini.
Sobre los incisos 2º y 3º ver el art. 52 del Anteproyecto de Bibiloni y 28 del Proyecto de 1936.

CAPITULO I V

Del Domicilio

Art. 24. — El domicilio real de las personas, es el lugar donde tienen establecido el asiento principal de su residencia y de sus negocios. El domicilio de origen, es el lugar del domicilio del padre, en el día del nacimiento de los hijos.

Ver: arts. 89 C. argentino; 121 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni;; 30 del Proyecto argentino de 1936; 23 Inc. 1º C. C. suizo; 7º del C. alemán; 102 del C. francés; 43 del C. italiano; 40 del C. español; 41 del C. portugués; 27 del C .venezolano; 19 del C. peruano; 59 del C. chileno; 24 del C. uruguayo; 79 del C. colombiano; 29 del C. costaricense; 42 del C. de Luisiana; 29 del C. mexicano; 25 del C. nicaraguence; 60 del C. hondureño; 35 del C. guatemalteco; 47 del C. boliviano; 31 del C. brasileño.

Art. 25. — El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, y así:

I) Los funcionarios públicos, eclesiásticos o seculares, tienen su domicilio en el lugar en que deben llenar sus funciones, no siendo éstas temporarias, periódicas o de simple comisión. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieren tenido en territorio paraguayo;

II) Los militares en servicio activo tienen su domicilio en el lugar en que se hallen prestando aquél, si no manifestasen intención en contrario, por algún establecimiento permanente, o asiento principal de sus negocios en otro lugar;

III) Las personas que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas;

IV) Los transeúntes o las personas de ejercicio ambulante, como los que no tuviesen domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia habitual;

V) Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales;

VI) El domicilio que tenía el difunto determina el lugar en que se abre su sucesión;

VII) Los mayores de edad que sirven, o trabajan, o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada, que, como obrera o doméstica, habita otra casa que la de su marido;

VIII) La mujer casada tiene el domicilio que de común acuerdo con su marido hubiere elegido o el que en caso de discenso prevaleciere por decisión de él. La que se halle separada de hecho de su marido, conserva el domicilio conyugal, y si se hallare separada por sentencia de juez competente, su domicilio será el que ella hubiere constituído. La viuda conserva el domicilio conyugal, mientras ella no lo establezca en otra parte.

Art. 26. — La duración del domicilio de derecho, depende del hecho que lo motiva. Cesando éste, el domicilio se determina por la residencia, con intención de permanenecer en el lugar en que se habite.

Art. 27. — Para que la habitación cause domicilio, la residencia debe ser habitual y no accidental, aunque no se tenga intención de fijarse allí para siempre.

Art. 28. — En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento.

Si una persona tiene establecida su familia en un lugar y sus negocios en otro, el primero es el lugar de su domicilio.

Art. 29. — La residencia involuntaria por destierro, prisión, etc., no altera el domicilio anterior, si se conserva allí la familia, o se tiene el asiento principal de los negocios.

Art. 30. — En el momento en que el domicilio en país extranjero es abandonado, sin ánimo de volver a él, la persona tiene el domicilio de su nacimiento.

Art. 31. — El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento.

Art. 32. — El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo.

Art. 33. — El domicilio se conserva por la sola intención de no cambiarlo, o de no adoptar otro, mientras no se haya constituído de hecho una residencia habitual.

Art. 34. — El domicilio de derecho y el domicilio real, determinan la competencia de las autoridades públicas, para el conocimiento de los derechos y cumplimiento de las obligaciones.

Art. 35. — Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones.

Art. 36. — La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio de las personas.

Ver, sobre el art. 25, inc. 1º, los arts. 176 inc. 2º del Esboço de T. Freitas; 90 inc. 1º del C. argentino; 122 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 31 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 51 del C. portugués; 25 del C. uruguayo; 25 del C. peruano; 66 del C. chileno; 78 del C. colombiano; 57 del C. ecuatoriano; 64 del C. hondureño; 29 del C. nicaragüense; 38 del C. guatemalteco.

Sobre el inc. 2º ver: los incs. 2º del art. 90 del C. argentino; inc. 2º del art. 122 del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 2º del art. 31 del Proyecto argentino de 1936; 176 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; 52 del C. portugués.

Sobre el inc. 3º ver: Goyena, t. I, art. 45, pág. 54. Trata este precepto del domicilio de las corporaciones, establecimientos y asociaciones, fijado en el lugar donde estuviere situada su dirección o administración, salvo lo que dispusieren sus estatutos o leyes especiales. Casi literalmente copiado por Vélez Sarsfield, pasó al inc.

4º del art. 90 de su Código. Mas considerando Bibiloni que la existencia de varios establecimientos no es exclusiva de las compañías, tanto que también los particulares pueden tener negocios y explotaciones agrarias, comerciales, etc., en distintos puntos, y que para todos existen las mismas razones para justificar la disposición, sustituyó en el inc. 3º del art. 122 de la primera redacción de su Anteproyecto, la palabra "compañías" por el vocablo **"personas"** (ver autor y opus. cits. t. I, pág. 28, edición Kraft), que es de donde nosotros trasegamos al inc. 3º del art. 25 de este Código. El Proyecto argentino de 1936 prefirió omitir este precepto, que tampoco fue trasladado a su art. 78. Ver igualmente: art. 35 inc. IV) del C. C. brasileño; 46 del C. italiano; 41 del C. español; 28 del C. venezolano; 28 del C. peruano; 30 y 37 del C. uruguayo; 67 del C. chileno; 30 del C. costarricense; 34 del C. nicaragüense; 69 del C. hondureño; 42 y 43 del C. guatemalteco; 83 del C. colombiano; 58 del C. ecuatoriano.

Sobre el inc. 4º, ver: art. 191 del **Esboço** de T. de Freitas y 44 de Goyena; 45 del C. portugués; 31 del C. venezolano; 21 del C. peruano; 68 del C. chileno; 31 del C. uruguayo; 84 del C. colombiano; 60 del C. ecuatoriano; 27 del C. nicaragüense; 62 del C. hondureño; 48 del C. guatemalteco.

Sobre el inc. 5º ver: art. 176 inc. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; inc. 6º del art. 90 del C. argentino; inc. 5º del art. 122 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 4º del art. 31 del Proyecto argentino de 1936; 33 inc. 2º del C. venezolano; 23 del C. peruano; 72 del C. chileno; 34 del C. uruguayo; 88 del C. colombiano; 64 del C. ecuatoriano; 41 del C. guatemalteco; 34 del C. costarricense; 36 del C. brasileño.

Sobre el inc. 6º ver: 46 inc. único del C. portugués; 110 del C. francés; 36 del C. uruguayo; 35 del C. costarricense; 42 del C. nicaragüense; inc. 7º del art. 90 del C. argentino; inc. 6º del art. 122 del Anteproyecto de Bibiloni.

Sobre el inc. 7º ver: art. 109 del C. francés; 42 inc. 2º de Goyena; inc. 8º del art. 90 del C. argentino; inc. 7º del art. 122 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 6º del art. 31 del Proyecto argentino de 1932; 50 del C. portugués; 34 del C. venezolano; 78 del C. hondureño; 31 del C. nicaragüense; 65 del ecuatoriano; 89 del C. colombiano; 38 del C. guatemalteco.

Sobre el inc. 8º ver: art. 18 de la Ley paraguaya 236; art. XX de la Ley Preliminar de este Código y su nota.

Sobre el art. 26, ver art. 91 C. C. argentino; Zachariae, parág. 89 y 90; 123 del Anteproyecto de Bibiloni; 177 del **Esboço** de T. de Freitas; 107 del C. francés; Busso, opus cit. t. I, pág. 546.

Sobre el art. 27 ver: art. 92 C. argentino; 124 Anteproyecto de Bibiloni; 32 del Proyecto argentino de 1936.

Sobre el art. 28 ver: 93 C. argentino; 125 Anteproyecto de Bibiloni; 32 inc. 2º Proyecto argentino de 1936; Zachariae, parág. 90, nota 3; 20 del C. peruano; 26 C. uruguayo; 63 C. chileno; 79 del C. colombiano; 54 del C. ecuatoriano.

Sobre el art. 29 ver: 95 C. argentino; 126 Anteproyecto de Bibiloni; 33 inc. 2º Proyecto argentino de 1936; 176 inc. 5º **Esboço** de T. de Freitas; Enneccerus, Parte General, t. I, pág. 404, nota 6; Busso, opus cit. t. I, pág. 553.

Sobre el art. 30 ver: art. 96 C. argentino; 127 Anteproyecto de Bibiloni; 34 inc. 2º Proyecto argentino de 1936.

Sobre el art. 31, ver: 97 C. argentino; 128 Anteproyecto de Bibiloni; 179 del Esboço de T. de Freitas; Zachariae, parág. 90.

Sobre el art. 32 ver: art. 98 C. argentino; 129 Anteproyecto de Bibiloni; 34 Proyecto argentino de 1936; Zachariae, parág. 90, nota 9.

Sobre el art. 33 ver: art. 99 C. argentino; 130 Anteproyecto de Bibiloni.

Sobre el art. 34 ver: art. 100 C. argentino; 131 Anteproyecto de Bibiloni; 35 Proyecto argentino de 1936; Enneccerus, Parte General, t. I, parág. 89, pág. 403; Busso, opus cit. t. I, pág. 562.

Sobre el art. 35 ver: art. 101 C. argentino; 132 Anteproyecto de Bibiloni; 35 segunda parte Proyecto argentino de 1936.

Sobre el art. 36 ver: art. 102 C. argentino; 133 Anteproyecto de Bibiloni; 35 segunda parte del Proyecto argentino de 1936; 111 C. francés.

Poco o nada se ha modificado lo estatuido por el Código de Vélez Sarsfield en esta materia, tan amplia y claramente tratada por él, mejor que en los otros Códigos conocidos. Tal es la razón por la cual optamos por seguir en esto punto a Bibiloni.

CAPITULO V

De la prueba del nacimiento y muerte de las personas

Art. 37. — Se probará la hora, el día, mes, año, lugar del nacimiento, sexo, nombre y apellido, paternidad y maternidad de las personas:

1º nacidas en la República, por certificados auténticos de los asientos del Registro Civil, y si se tratare de las nacidas antes de su establecimiento, por certificados también auténticos de los asientos del Libro de Bautismo de la Parroquia donde el párvulo hubiere sido crismado;

2º de las nacidas en alta mar a bordo de buques de bandera paraguaya, por las copias auténticas que expidieren los oficiales autorizados de los buques de guerra o el capitán de los mercantes, conforme a las leyes de la República;

3º de las nacidas fuera del territorio de la Nación de padre o madre paraguayos, al servicio de la República; o avecindadas en el Paraguay por residencia en él de diez años seguidos, por certificaciones de los registros consulares o por los instrumentos que se otorguen de acuerdo con las leyes locales, debidamente legalizados;

4º de las nacidas en el extranjero de padres militares en campaña o en servicio del Ejército, por certificaciones de los registros correspondientes, según los reglamentos de su fuero.

Con pequeñas variantes: arts. 79 a 84 C. Civil argentino; y 36 Proyecto argentino de 1936.

Art. 38. — A falta de registros o de asientos, o no hallándose éstos en debida forma, podrá justificarse por otros medios el día, mes, año, lugar del nacimiento, sexo, nombre y apellido, paternidad y maternidad de las personas.

Con variantes: art. 85 C. C. argentino; 37 Proyecto argentino de 1936.

Art. 39. — A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y sea indispensable su determinación, se decidirá por la fisonomía o por la radiografía de los huesos, según la presunta edad, a juicio de facultativos, nombrados por el juez.

Con variantes art. 87 C. C. argentino. Se suprime la substancia del art. 86 porque la fe que hacen los instrumentos públicos es sólo hasta que sean argüidos de falsos, como lo estatuye el art. 993 del mismo Código. Siendo así, como lo es, resulta supérfluo el art. 87. Ver el art. 37 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 40. — La muerte física de las personas se probará:

1º de las fallecidas dentro del territorio de la República, en alta mar o en el extranjero, por los mismos medios que los prescriptos por el art. 37:

2º de la de los militares ocurrida dentro del territorio o en campaña, y la de los empleados en servicio del Ejército, por certificaciones de los respectivos registros de los hospitales o ambulancias;

3º de la de los militares fallecidos en combate, sin que haya sido posible formalizar asiento, por lo que conste en el Ministerio de Defensa;

4º de las fallecidas en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos, por lo que resulte de los asientos de sus Registros de defunciones.

A falta de los mencionados instrumentos, el deceso podrá evidenciarse por otros medios de prueba, incluso la de testigos que sobre él depongan.

Ver con variantes: arts. 104 a 108 C. C. argentino; 39 del Proyecto argentino de 1936.
Especificamos en el art. 27 que se trata de la muerte física, dado que más adelante se tratará de la muerte presunta por desaparición.

TITULO II

DE LA DESAPARICION DE LAS PERSONAS CON PRESUNCION DE FALLECIMIENTO

Art. 41. — La incertidumbre o duda por falta de noticias acerca de la existencia o muerte de las personas a quienes se da por desaparecidas de su domicilio o de su última residencia durante cuatro años consecutivos desde la última información que se tenga de ellas, causa la presunción de su fallecimiento y autoriza su declaración con arreglo a las disposiciones siguientes.

Confuso y expuesto a equívocos es el lenguaje corriente de los códigos acerca de esta materia. Así, el art. 110 del C. argentino se vale de la locución: "ausencia de una persona... etc.", como causa de la presunción de su fallecimiento. De aquí la expresión: "ausentes con presunción de fallecimiento" del parágrafo 1º

del art. 3457 por oposición a la "ausencia sólo presunta" del parágrafo 2º del mismo precepto, que sería la no declarada.
En el art. 310 del mismo Código, se estatuye que "por ausencia de los padres, ignorándose la existencia de ellos", sin el requisito de la presunción de fallecimiento, la patria potestad se acaba.
Por el art. 3465 inc. 1º se preceptúa que las particiones deben ser judiciales cuando "haya ausentes cuya existencia sea incierta".
La verdad es que la presunción de muerte no puede ser autorizada por la mera "ausencia", que, como hecho voluntario que es, supone que uno parte o se aleja de su domicilio, por razón de un viaje de placer o de negocios; ni aun por la desaparición que, como hecho igualmente voluntario, connota las ideas de ocultarse o quitarse de la vista, pero que bien podría ser involuntario, como en el caso de un secuestro a que más de un criminal americano ha recurrido para exigir dinero por el rescate de la persona aprosada.
Como bien lo observan Bufnoir, Challamel y demás traductores franceses del Código Civil Alemán, "la desaparición no es un estado de derecho, sino un simple estado de hecho correspondiente a la ausencia, entendido un estado de incertidumbre sobre la existencia del individuo de que se trata. Por consiguiente, no se puede tomar el término técnico "desaparecido" como correspondiente a un acto que se ha cumplido, tal como el hecho de desaparecer, sino a un estado que se ha establecido: es el estado del desaparecido. El individuo no ha desaparecido, sino que es un desaparecido (ver nota al art. 13 del C. alemán, t. I, pág. 12). En el mismo sentido, Messineo, opus cit. t. II., pág. 136, versión castellana de Sentis Melendo).

Los Códigos no definen el concepto de "ausencia". Remiten su sentido al lenguaje corriente. Mas, no siempre hace falta que alguno parta en un viaje a lugares remotos, pues, lo que importa es la incertidumbre sobre si existe o no, aun tratándose de desaparición dentro de una gran ciudad, como ocurrió con el Profesor Galíndez, secuestrado en pleno día en New York, sin que de su paradero se tuviese noticias a pesar del largo tiempo transcurrido.
Cuando al tiempo requerido para que pueda promoverse la declaración de presunción de fallecimiento, varían los códigos. El art. 14 del Código alemán la condiciona a la falta de noticias durante diez años, siempre que haya transcurrido completo el año en que el ausente habría cumplido 31 años de edad. El art. 36 del C. Civil suizo permite la declaración de ausencia un año al menos después del peligro de muerte en que el ausente hubiese estado, o cinco años después de las últimas noticias recibidas de él. El art. 49 del C. italiano la autoriza después de transcurridos dos años desde el día a que se remonta la última noticia. El art. 469 del C. brasileño, confiere la posesión provisoria de los bienes del ausente, según que hubiere dejado representante o procurador, pasados dos años; y en caso contrario, pasados cuatro años. El art. 421 del C. venezolano autoriza la declaración de ausencia después de dos años de ausencia presunta o de tres si el ausente ha dejado mandatario. El art. 81 del C. chileno, después de transcurridos cuatro años a lo menos computados desde las últimas noticias. El art. 56 del C. uruguayo, pasados seis años si el ausente había dejado apoderado; y el art. 57 dos años si el ausente recibió una herida grave en la guerra, o naufragó la embarcación en que navegaba. El art. 97 del C. colombiano autoriza la presunción de muerte a los dos años sin haberse tenido noticias del desaparecido, si además se llenaren los siete requisitos a que subordina la fijación del día presuntivo de su fallecimiento y la concesión de la posesión provisoria de sus bienes. El art. 73 del C. ecuatoriano, a los cuatro años. El 669 del C. mexicano a los dos años desde el día en que al desaparecido se le haya nombrado representante. El art. 84 del C. hondureño, a los diez años de la desaparición del ausente, ó a los ochenta desde su nacimiento. El art. 56 del C. nicaragüense a los cuatro años desde el día en que desapareció el ausente sin que de él se tengan noticias. El art. 58 del C. guatemalteco, a los tres años. El art. 40 del C. costarricense, a los cuatro años. El art. 142 del Anteproyecto de Bibiloni a los cuatro años. El Proyecto argentino de 1936, distingue por su art. 65: 1º si el desaparecido se halló en accidente terrestre, marítimo o aéreo, y no llegó a destino, después de dos años del suceso; 2º idem si habiendo tomado parte en una guerra no reapareciere; 3º si habiéndose encontrado en un combate, incendio, terremoto u otro hecho análogo, después de dos años; y 4º si habiendo dejado o no representante, no se tuviere noticias del desaparecido durante cuatro años.
Como se ve, estos plazos se reducen en los códigos más modernos en consideración a las facilidades de comunicación que se ofrecen en la hora actual entre las poblaciones más distantes de la tierra.

Art. 42. — Será competente para entender y conocer de la desaparición de las personas con presunción de fallecimiento el Juez de su último domicilio.

Ver art. 59 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 43. — El plazo de cuatro años fijado en el art. 41 quedará reducido a dos años si el desaparecido no hubiere dejado representante o apoderado encargado de administrar sus bienes, constituido en instrumento público inscripto en el Registro de Poderes y vigente a su vencimiento; o si hubiere desaparecido en cualquiera de las circunstancias señaladas en el art 34.

Ver art. 469 C. C. brasileño y los codigos citados en la nota al artículo 28 que adoptan igual plazo. La aceleración del ritmo de la vida social actual es tal que pudiendo variar por su número, calidad y cantidad las relaciones jurídicas vinculadas a la conservación del patrimonio abandonado por el desaparecido, mal podría la ley desinteresarse de su protección, sin reproducir a esta altura de los tiempos los delicados problemas suscitados por la herencia jacente del Derecho romano. Si ya a Labeón le cupo retroceder ante su propia concepción de que la haereditas lacens es una res nullius porque Eo tempore nemo dominus est; si según la doctrina de Juliano Hereditas personae defuncti vice fungitur, y el heredero que acepta la herencia representa al difunto, lógico es que asumiendo la ley su función protectora de los intereses privados, abrevie el plazo para que desaparezca el estado de incertidumbre en que por el abandono del dueño o por su desaparición se hallan sus bienes, y sus herederos presuntos puedan sucederle y ejercer activa y pasivamente sus derechos y obligaciones.
Si el desaparecido es un hombre de negocios, con cuantiosos bienes y múltiples obligaciones legales y contractuales, no podría justificarse que al favor de su prolongada ausencia sin noticias de él y sin apoderado que le represente vengan sus contratos hechos a quedar incumplidos con perjuicio de él y de terceros por más de dos años, sin provisión de un curador a sus bienes.

Art. 44. — En el caso del artículo anterior, y aun en el caso de que el desaparecido hubiere dejado apoderado con poder bastante para administrar sus bienes, pero que no quiera o no pueda desempeñar su mandato,

proveerá el Juez, a requerimiento de parte con interés legítimo, el nombramiento de un curador a sus bienes, con fijación expresa de las facultades a que deberá ceñirse en el desempeño de su cometido. Estos poderes se inspirarán en las leyes que regulan la tutela y la curatela de los incapaces.

Ver art. 463 a 465 C. C. brasileño; 48 C. italiano; 1911 C. alemán; 393 inc. 1º C. C. suizo; 134 Anteproyecto de Bibiloni; 59 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 45. — Procederá también el nombramiento de curador a los bienes del simple ausente de conocido paradero, pero imposibilitado de proveer al cuidado de sus bienes, siempre que hubiere urgencia en ello.

Ver arts. 1911 in fine del alemán. El tipo de curador a que este precepto se refiere se llama en alemán: "Abwesenheitspfleger"; 392 inc. 1º del C. C. suizo; 135 Anteproyecto de Bibiloni y 60 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 46. — Son partes que pueden solicitar el día presuntivo del fallecimiento del desaparecido o el nombramiento de curador a sus bienes:

1º el cónyuge no separado de cuerpo, ni divorciado;

2º Sus herederos legítimos o testamentarios y los legatarios;

3º Sus acreedores, incluso los condicionales;

4º Toda persona que acredite un interés lgeal en sus bienes dependiente de su muerte, y

5º El Ministerio Público.

Ver: 136 Anteproyecto de Bibiloni; 61 del Proyecto Arg. de 1936; 48 del C. italiano; 113 C. argentino. No hace falta agregar, como lo estatuye el art. 467 del C. brasileño que a falta de cónyuge, la curaduría de los bienes del ausente incumbe al padre, a la madre, a los descendientes, no habiendo impedimento que en ese orden los inhiba de ejercer el cargo. Entre los descendientes —agrega— los más próximos preceden a los más remotos, y entre los del mismo grado, se prefieren los varones a las mujeres, pues, se entiende que el Juez prestará atención a la presunta vocación hereditaria del postulante. Tampoco es aceptable en este Código la preferencia de los varones a las mujeres, pues, por el art. XX del Título Preliminar se estatuye la absoluta igualdad de la capacidad de goce y ejercicio de la mujer y el hombre.

Art. 47. — La declaración del día presuntivo de la muerte del desaparecido puede tener lugar, a instancia de cualquiera de las partes enumeradas en el artículo anterior, e independientemente del estado de simple ausencia:

1º Cuando alguno ha desaparecido en operaciones bélicas en las que ha tomado parte, ya sea en los cuerpos armados, ya sea siguiendo a dichos cuerpos, o en las cuales se ha encontrado de cualquier manera presente, sin que se hayan tenido más noticias de él, y han transcurrido dos años desde la ratificación del tratado de paz, o en defecto de éste, tres años desde el final del año en que cesaron las hostilidades;

2º Cuando alguno ha sido hecho prisionero por el enemigo, o internado por éste o en cualquier manera trasladado a país extranjero, y han transcurrido dos años desde la ratificación del tratado de paz o, en defecto de éste, tres años a contar del final del año en que cesaron las hostilidades, sin que se hayan tenido noticias de él después de dicha ratificación o bien después de la cesación de las hostilidades;

3º Cuando alguno ha desaparecido por un accidente, y no se tienen ya noticias de él, después de dos años a contar del día del accidente o, si el día no es conocido, después de dos años a contar del fin del mes o, si tampoco el mes es conocido, desde el fin del año en que el accidente ha ocurrido.

Ver art. 60 del C. italiano; Messineo, t. II, 5 —A), pág. 129 (versión castellana de Sentis Melendo; art. 112 C. argentino; 143, 144 del Anteproyecto de Bibiloni; 65 del Proyecto argentino de 1936. La palabra "accidentes" del inc. 3º, se refiere a los accidentes colectivos, como los que podrían ocurrir por naufragio, derrumbamiento o incendio de edificio u otro desastre. Los accidentes a que la aeronavegación expone al hombre, podrían ocurrir en pleno vuelo, o al despegar o descender el avión o la aeronave, no requiriéndose para la aplicación del inciso 3º que todos los pasajeros hayan perecido. Aun así, el accidente sería siempre colectivo.

Art. 48. — Los que pidan la declaración, deberán justificar sumariamente el tiempo corrido sin tener noticias de si el desaparecido está vivo

o muerto, las diligencias que hubieren practicado para saberlo, sin resultado alguno, las operaciones bélicas en las que él hubiere tomado parte, o el hecho de haber caído prisionero del enemigo o de habérsele internado o trasladado al extranjero, o el accidente colectivo en que desapareció, y acreditarán al mismo tiempo su derecho a sucederle por causa de muerte, sea en virtud de su testamento o ab intestato.

Ver art. 114 C. argentino; 146 Anteproyecto de Bibiloni; y 67 Proyecto argentino de 1936.

Art. 49. — El Juez nombrará por Defensor del desaparecido al Defensor de Pobres y Ausentes para que intervenga en el juicio y supervise la observancia exacta y puntual de las formas y solemnidades de las pruebas producidas en él, y si a informe del Registro de Poderes no hubiere el desaparecido dejado quien le represente y administre sus bienes, le proveerá de un curador interino para ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas, como está dispuesto por el art. 499 de este Código, y le citará por edictos publicados, una vez por mes, en la prensa durante seis meses.

Ver: arts. 115 y 488 C. argentino; 147 Anteproyecto de Bibiloni; 67 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; C. C. suizo.

Art. 50. — Vencidos los seis meses, oído el Defensor de Pobres y Ausentes, y recibida las pruebas ofrecidas, el Juez declarará el día presuntivo del fallecimiento del desaparecido con arreglo a lo dispuesto en el art. 34 y mandará abrir, si existiese, el testamento cerrado que hubiere dejado.

Ver: art. 116 C. argentino; 148 Anteproyecto de Bibiloni; 68 Proyecto argentino de 1936; 48 C. italiano; 38 C. suizo.

Art. 51. — Si en el curso de la publicación de los edictos se tuviere noticias del paradero del desaparecido, o él se presentare por sí o por procurador provisto de poder especial, que pidiere el reconocimiento de su personería en el juicio, o si la fecha de su fallecimiento se hubiere establecido y probado, el Juez sobreseerá lo actuado.

Ver art. 37 C. C. suizo. El solo descubrimiento del cadáver no bastaría, si al mismo tiempo no se indica el tiempo en que ocurrió su muerte (ver Cosack parág. 25 in Curti-Forrer, Commentaire du Code Civil Suisse, nota 3, al art. 37, pág. 39).

Art. 52. — Ejecutoriada que esté la sentencia por la que se fije el día presuntivo del fallecimiento del desaparecido, aquellos que serían sus herederos legítimos o testamentarios si él hubiere muerto en el día fijado por la sentencia, podrán pedir que se les ponga en posesión provisional de sus bienes, lo que se hará bajo inventario y caución en la suma determinada por el Juez en consideración al valor estimado para el pago del impuesto sucesorio, con nota del Actuario al pie de los títulos para su toma de razón en el Registro de la Propiedad. Si no pudieren dar fianzas, podrá el Juez exigir la garantía que estime suficiente, o poner los bienes bajo la administración de un tercero. Será permitido a los herederos hacer partición provisional, pero no enajenar ni gravar los bienes sin la venia del juez.

Los legatarios, los donatarios y todos aquellos a los cuales corresponderían derechos subordinados a la muerte del desaparecido, podrán pedir que se les admita al ejercicio provisional de estos derechos.

Aquellos que por efecto de la muerte del desaparecido qudarían liberados de obligaciones podrán ser provisionalmente eximidos del cumplimiento de ellas, salvo que se trate de obligaciones alimentarias impuestas por razones de afinidad.

Ver: Sobre los dos primeros parágrafos, los arts. 118 C. argentino; 150 Anteproyecto de Bibiloni; 69 Proyecto argentino de 1936; y sobre los apartados 3º y 4º el art. 50 del C. italiano.
El C. Civil suizo no conoce la posesión provisoria de nuestro Derecho tradicional. Estatúye su art. 38 que pronunciada la declaración de ausencia, los derechos subordinados a la muerte pueden ser ejercidos de la misma manera que si la muerte del ausente hubiera sido establecida. Con todo, enseña Curti Forrer que el cónyuge del ausente no queda viudo, pero podrá demandar su divorcio (ver opus cit. pág. 40).

Art. 53. — Iniciado que sea el juicio de declaración del día presuntivo del fallecimiento del desaparecido, su cónyuge, además de lo que le corresponda por sus capitulaciones matrimoniales y por título de sucesión, podrá pedir en caso de necesidad una asignación de alimentos a determinarse según la condición de la familia y la entidad del patrimonio del desaparecido.

Ver: art. 51 C. C. italiano.

Art. 54. — Los derechos y las obligaciones del que hubiere obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes. En consecuencia, no podrán enajenarlos, hipotecarlos o gravarlos de prenda, sino por necesidad o utilidad evidente reconocida y autorizada por el Juez.

Ver: art. 119 C. C. argentino; 151 Anteproyecto de Bibiloni y art. 54 C. italiano.

Art. 55. — Los ascendientes, los descendientes y el cónyuge puestos en la posesión provisoria de los bienes, tienen derecho a retener en beneficio propio la totalidad de las rentas. Los otros parientes en grado sucesible deben reservar al desaparecido la tercera parte de dichas rentas, por todo el tiempo que dure la posesión provisoria o hasta que el desaparecido aparezca.

Ver: art. 53 C. C. Italiano.

Art. 56. — Si durante la posesión provisoria probare alguno haber tenido al día presuntivo del fallecimiento del desaparecido, un derecho predominante o igual al del poseedor, podrá excluir a éste de la posesión o hacerse partícipe en la transmisión de los bienes de que se trate, según su título, pero no tendrá derecho a los frutos sino desde el día de la demanda.

Ver: art. 55 C. C. italiano; 70 inc. 2º Proyecto argentino de 1936.

Art. 57. — Si durante la posesión provisoria retornare el presunto fallecido o se probare que está vivo, cesarán los efectos de la declaración del día presuntivo de su fallecimiento, salvo, si es necesario, la adopción de providencias para la conservación de su patrimonio a tenor del art. 49.

Los poseedores provisorios de los bienes deberán restituirlos. Gozarán, empero, hasta el día de su constitución en mora de los beneficios atribuídos por los arts. 52 y 55, y los actos cumplidos a tenor del art. 54 son irrevocables.

Ver: Art. 152 Anteproyecto de Bibiloni; 70 parág. 1º del Proyecto arg. de 1936; 56 C. C. italiano.

Art. 58. — Si durante la posesión provisoria se probare la muerte del desaparecido, se abrirá su sucesión en beneficio de aquellos que al tiempo de su fallecimiento eran sus herederos o legatarios.

Ver: art. 57 C. C. Italiano.

Art. 59. — Transcurridos diez años desde la desaparición o de la última noticia, o bien setenta computados desde el nacimiento del desaparecido, caducará la caución exigida en el art. 52 y la toma de razón de los títulos en el Registro de la Propiedad pasará a ser definitiva y habilitará a sus poseedores a disponer libremente de ellos.

Ver: art. 122 C. C. argentino; 154 Anteproyecto de Bibiloni; 71 Proyecto arg. de 1936.

Art. 60. — Si el desaparecido se presentare con posterioridad a los plazos del artículo anterior, sólo podrá reclamar los bienes en el estado en que se hallaren; los adquiridos con el valor de los que falten, y las rentas e intereses que se le hubieren reservado a tenor del segundo apartado del art. 55.

Ver: 124 C. C. argentino; 157 Anteproyecto de Bibiloni; 72 Proyecto arg. de 1936.

Art. 61. — Siempre que debieren concurrir a una sucesión, personas de existencia incierta, la parte de ellas acrecerá a la de quienes tuvieren derecho a la herencia. Deberán éstos formar inventario judicial de cuanto por este concepto reciban, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercer los interesados o sus causahabientes.

Ver art. 73 Proyecto argentino de 1936 y la nota de Bibiloni al art. 159 de su Anteproyecto (ver t. I, pág. 38, edición Kraft).

TITULO III

DE LA INTERDICCION

Art. 62. — El mayor de edad, el menor emancipado y el no emancipado de catorce años cumplidos que, a juicio de dos médicos especializados en enfermedades psicosomáticas, padecieren de transtorno general y persistente de sus facultades intelectuales que sea la causa de su peligrosa desadaptación a las normas de la convivencia social y de su ineptitud para la atención normal de sus propios intereses serán sujetos a curatela discernida con arreglo a las disposiciones de este Código.

Abandonamos la fórmula del art. 140 del Código argentino, contentiva del sensible error que a más de un jurista ha hecho creer que el "demente" a secas del inc. 3º del art. 54 del citado Código, no es incapaz, porque según el art. 140 **"Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este Código se determinan, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente"**.

Bibiloni, que en el art. 43 de su Anteproyecto había substituído la palabra **"dementes"** del inc. 3º del art. 54 del Código por el vocablo: **"interdictos"**, connotativo de la declaración de demencia y sujeción a curatela del insano señaló en su apostilla al art. 160 de su esbozo las deficiencias del art. 140 del Código de Vélez Sarsfield, y expresó que: "En primer lugar no es cierto que **"nadie será tenido por demente"** sin que previamente sea declarado tal por juez competente. Eso es sólo exacto —agrega— para darle un representante necesario y privarle de su capacidad general de obrar. Para los casos en que celebró actos jurídicos en estado de perturbación mental, puede probarse la **"demencia"** y **"ser tenido"** por tal **"demente"** aunque no se haya declarado **"previamente"**. (ver opus cit. t. I, pág. 40, edición Kraft).

Siendo así, evidente es que la palabra **"interdictos"** del inc. 3º del art. 43 de su Anteproyecto, no es la apropiada, como lo explicamos en la apostilla al art. 9º de este Código.

Atento Bibiloni a los dictados de la Psiquiatría moderna, juzga que la expresión: **"demencia"**, adoptada por Vélez Sarsfield, como genérica para todos los estados habituales de espíritu que impiden la expresión válida de la voluntad, no corresponde al concepto actual de la ciencia médica. Esto que es verdad, no autorizaría la substitución del vocablo **"demencia"** por **"alienación"** que, aún siendo de origen latino, y admitida por la Academia Española, sabe a galicismo sin serlo, por su exacta correspondencia con la **"alienation"** del francés. Nosotros preferimos decir: **"enajenación"**.

Tampoco compartimos el tecnicismo empleado por el Anteproyecto para abrazar las causas de interdicción: **"enfermedad o debilidad del espíritu que no les permita atender sus negocios"** del art. 160, y la admisión por su art. 161 del **"intervalo lúcido"**, noción desahuciada de la Psiquiatría moderna y de la perturbación parcial", inconciliable, como ha más de un siglo, lo observó Troplong, con la unidad de la razón.

Tampoco compartimos el lenguaje del Proyecto argentino de 1936, que en su art. 46 se sirve de expresiones, como **"enfermedad mental"**, **"insuficiencia"**, **"desequilibrio"** o **"debilitación de sus facultades"**, cual si fuesen sinonimias de un mismo concepto psiquiátrico comprensivo de todas las categorías de enajenación mental, concepto que el Proyecto se cuida de no definir. En el parágrafo 2º del art. 46 substituye el Proyecto la locución **"manía parcial"** por **"estado morboso, aunque no sea completo"**, a propósito de la cual dice Nerio Rojas: "Confieso que esta frase me ha dejado perplejo, y sigo perplejo. ¿Qué quería decir eso de "manía parcial"? **"Manía parcial"** fue en un tiempo de la psiquiatría lo que se llamaba las **"monomanías"** sobre las cuales hoy está perfectamente aclarado el concepto. Cuando se trata de alienados, no hay lugar a hablar de **"manía parcial"**, sino de delirantes sistematizados; otras de las antiguas monomanías son estados que no constituyen **"alienación mental"**. En nuestra época, resulta de interés histórico y pintoresco el ver las disidencias de opinión sobre este asunto entre juristas como Sacaze y Demolombe, o leer la famosa polémica de Dellassiauro con Falret, entre los psiquiatras. Eso está aclarado hoy y ningún psiquiatra que se respete habla ya de "manía parcial" (ver autor y opus cits, pág. 80).

La tradicional interdicción de sólo las personas mayores pacientes de enajenación mental, fundada en que los menores adultos son relativamente incapaces de obrar, y que como tales no necesitan de un representante necesario fuera de sus padres o tutores, era un evidente error, porque la curatela, si mira a la representación del paciente de enajenación, no deja de mirar especialmente a su protección para el restablecimiento de su salud. Siendo así, como lo es, los códigos modernos admiten la interdicción no sólo de las personas mayores

sino también de los menores emancipados, como lo preceptúa el art. 369 del C. .C. suizo; 6 y 114 del alemán; 414 del C. C. italiano; 446 inc. 1) del brasileño; 393 y 394 del venezolano y 160 del Anteproyecto de Bibiloni y 46 del Proyecto argentino de 1936.
Cuanto a la caracterización de la enfermedad mental procuramos acercarnos a la de Nerio Rojas (opus cit. pág. 28), apartándonos al mismo tiempo de sus indicaciones acerca del fundamento que él llama económico de la interdicción, en cuanto por nuestro art. 49 se estatuye que la enajenación mental del insano sea "la causa de su ineptitud para la atención normal de sus intereses", porque si esta relación de causa a efecto no existiese, mal podría justificarse la interdicción por el solo fundamento biológico de la enajenación mental misma. Es así, como glosando Curti-Forrer el art. 369 del C. Civil suizo, dice: **"Debe haber relación de causa a efecto entre la enajenación mental o la debilidad de espíritu de una parte, y la ineptitud de cuidar sus propios asuntos, la necesidad de cuidados o el estado de peligro permante para los otros"** (ver autor y opus cits. pág. 296).

Art. 63. — Están igualmente sujetos a curatela los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Ver: art. 153 C. C. argentino; 174 Anteproyecto de Bibiloni; 446 inc. II) C. C. brasileño.
No se incluyen los ebrios, ni los pródigos, sometidos a interdicción por los códigos civiles suizo (art. 370) alemán (114); italiano (415) y brasileño (446 inc. III y 459 a 461), porque en esta materia debe la ley ser de estrictísima interpretación para evitar que un instituto concebido para la protección de la persona y bienes de los incapaces de obrar, pueda dar lugar al ejercicio abusivo de la demanda de interdicción.
La ebriedad podría ser la causa de la enajenación mental, pero en este caso se aplicaría el art. 49. Por Derecho suizo, la ebriedad sólo comprende el abuso de las bebidas alcohólicas, pero no lo que resulta del abuso de la morfina, del ether, la cocaína o el opio.
En el Derecho italiano, en cambio, se incluye "el abuso de estupefacientes" como la cocaína, morfina y similares, siempre que exponga al sujeto, como la ebriedad, a grave perjuicio económico (art. 415, segundo apartado).
Si la prodigalidad o el exceso en los gastos puede autorizar la interdicción, asunto es que sigue controvirtiéndose, pues, lo que derrocha el pródigo, lo recogen los avisados, prudentes o astutos, con lo que nada se pierde.
Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, son por regla general, los de nacimiento, y que por consiguiente no han podido recibir una educación correctora (vide: Messineo, t. II, Nº 13, pág. 127, versión castellana de Sentis Melendo).

Art. 64. — La interdicción puede ser promovida por el cónyuge no separado de hecho ni divorciado, por los parientes en grado sucesible dentro del sexto grado inclusive, los afines dentro del segundo grado, el Ministerio Público o cualquiera del pueblo, si el enfermo fuere furioso y constituyere un peligro público.

Ver: art. 144 C. C. argentino; 164 Anteproyecto de Bibiloni; 47 Proyecto arg. de 1936; 417 C. italiano; 447 C. brasileño; 395 C. venezolano; 559 C. peruano; 459 y 443 del C. de Chile; 548 y 532 del C. colombiano; 433 del C. uruguayo; 220 C. costarricense; 494 y 478 del C. ecuatoriano; 511 y 512 del C. hondureño; 334 del C. nicaraguense; 11 C. guatemalteco; 383 C. de Luisiana; 490 C. francés; 214 del C. español, etc.

Art. 65. — Si la persona cuya interdicción se solicita se encontrare bajo la patria potestad de sus progenitores o bajo tutela, no podrá decretarse su interdicción sino a instancia de su padre o madre, de su tutor, o del Ministerio Público.

Dado que por el art. 62 de este Código se instituye la curatela, no sólo para los enajenados mentales mayores de edad, sino también para los menores emancipados y los no emancipados de catorce años cumplidos, lógico era que tratándose de estos últimos, se reservase exclusivamente a sus progenitores o a su tutor la facultad de pedir su interdicción, como propia de su misión de defender y proteger al menor, y en su defecto al Ministerio Público, tal como lo estatuye el inc. 2º del art. 417 del C. italiano; lo esboza el art. 168 del Anteproyecto de Bibiloni y lo preceptúa el art. 149 del C. argentino.

Art. 66. — Los que demanden la interdicción del enajenado mental o del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, acreditarán su aserto con la certificación de dos médicos psiquiatras que hubieren examinado al enfermo o al sordomudo y al mismo tiempo de articular los hechos en que funden su petición, ofrecerán las pruebas instrumentales y testificales que evidencien su necesidad.

Art. 492 C. C. francés.

Art. 67. — Desestimada una denuncia no se admitirá otra, aunque procediere de persona distinta, salvo que fueren alegados hechos sobrevinientes a la declaración judicial.

Ver: art. 146 C. C. argentino; 165 Anteproyecto de Bibiloni; y 48 Proyecto argentino de 1936.

Art. 68. — La demanda de interdicción, aun viniendo acreditada con la certificación de dos médicos psiquiatras, salvo lo dispuesto en el art. 63 no suspenderá la capacidad del denunciado a quien le será permitido asu-

mir su propia defensa si a estos efectos se presentare, sin perjuicio de los exámenes a que será sometido.

El Juez dispondrá que siendo posible comparezca a su presencia el denunciado con intervención del Defenosr de Incapaces, para interrogarle y verificar personalmente la verosimilitud de la denuncia. No pudiendo comparecer el denunciado, el Juez, acompañado del representante del Ministerio Público se constituirá en su domicilio o lugar donde resida o se aloje. Siendo afirmativa la presunción de la enajenación del denunciado, confiará el Juez su defensa al Defensor de Incapaces y designará dos peritos médico-legales, especializados en medicina psicosomática, para que le examinen e informen a tenor del cuestionario que el Juez formulará para establecer si el denunciado debe o no ser internado.

Conocidos son los abusos a que la aplicación del art. 147 del C. argentino ha dado lugar, sobre todo al favor de cierto voto del camarista doctor Gelly, según el cual la sola denuncia de infamia suspende la capacidad del denunciado. Invocándolo, más de una esposa mal avenida con su marido, ha intentado recluirlo, despojarlo de la administración de sus bienes, y destituirle de su inalienable derecho a defenderse en juicio, sin otro arbitrio que su colusión con el defensor ad litem nombrado de oficio por el Juez, y los médicos nombrados para examinar al presunto enfermo.
Para evitar tales abusos, los arts. 494 y 496 del Código francés estatuyen que antes de la declaración, se obtenga: 1º el informe del Consejo de Familia acerca del estado de la persona cuya interdicción se pide; y 2º la interrogación del denunciado por el Tribunal en pleno.
Si el denunciado es de verdad un enajenado mental, suministrará al Juez o al Tribunal la prueba perentoria de serlo. No hay ni puede haber peligro en ello.
Bien dice Bibiloni en su apostilla al art. 166 de su Anteproyecto que "el sistema francés es el más razonable", parecer que compartimos.
El art. 419 del C. italiano se inspira en el procedimiento francés. Y el art. 450 del C. brasileño no es menos terminante al preceptuar que: "Antes de pronunciarse acerca de la interdicción, examinará personalmente el Juez al urgido de incapacidad, oído a profesionales". En el mismo sentido ver: arts. 216 C. C. español; 316 inc. 4º C. C. portugués; 460 del C. chileno; 435 del C. uruguayo; 396 del C. venezolano; 549 del colombiano, etc.

Art. 69. — No podrá pronunciarse la interdicción sin que se haya procedido al examen médico de la persona de cuya enfermedad se trate.

El Juez se hará asistir en este examen por un asesor técnico. Podrá también disponer de oficio las investigaciones útiles a los fines del juicio, interrogar a los parientes próximos del denunciado y recibir las informaciones que juzgue necesarias para decidir si procede o no su internación.

Hecho el examen de facultativos y si sus conclusiones fueren asertivas, el Juez decretará la interdicción del enajenado mental y ordenará o no su internación en un manicomio o en otro instituto de curación, y le proveerá de un curador a quien entregará, bajo inventario, los bienes del interdicto para que los administre bajo las leyes de la tutela. No hay internación de los sordomudos interdictos.

Ver: 419 C. Italiano; 162, 163 y 167 del Anteproyecto de Bibiloni; 51 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 70. — La cesación de la incapacidad del interdecto sólo tendrá lugar si procediéndose a instancia de su curador a un nuevo examen de su enfermedad mental por médicos psiquiatras se evidenciare su completa curación. No podrá el Juez declarar la cesación de incapacidad sin audiencia del Ministerio Público.

Ver: art. 150 C. argentino; 171 del Anteproyecto de Bibiloni y 58 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 71. — La sentencia de interdicción o la de su cesación es de la exclusiva competencia del Juez en lo Civil del domicilio del enajenado mental y no hace cosa juzgada en juicio criminal para excluir una imputación de delitos o dar lugar a condenaciones.

Ver: art. 151 C. argentino y 172 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 72. — Tampoco constituye cosa juzgada en el juicio civil, para los efectos de que se trata en los artículos precedentes, cualquiera sentencia dictada en un juicio criminal que no hubiere hecho lugar a la acusación por motivo de la perturbación mental del acusado, o que le hubiere condenado como si el procesado no padeciere de perturbación mental.

Ver: art. 152 C. argentino; 173 Anteproyecto de Bibiloni, y su omisión en el Proyecto.
La razón que se da de este precepto, como del anterior, es que en el juicio civil no se aprecia o juzga una relación de imputabilidad de un hecho concreto, sino del estado de perturbación mental de un enajenado, al paso que en la jurisdicción criminal se juzga a la persona como autora de un hecho previsto y castigado por la ley penal. Puede el juez en lo criminal eximir de pena al autor de un delito que lo hubiese cometido bajo **"la influencia de una enfermedad mental que lo haya privado del uso de sus facultades intelectuales"**, como lo preceptúa el inc. 3º del art. 18 de nuestro Código Penal, como podría ocurrirle al que **"por cualquier accidente, está sin uso de razón"**, que dice en su in fine el art. 921 del C. Civil. La sentencia absolutoria así dictada carecería de toda influencia en la jurisdicción civil.

Art. 73. — Créase el Registro de Interdictos como una Sección del Registro de la Propiedad en el que se tomará razón de todas las sentencias de interdicción que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada para que produzcan efectos respecto de terceros.

Ver: art. 421 C. C. italiano.

Art. 74. — El cónyuge no separado de hecho ni divorciado es, de derecho, curador legítimo del otro que fuere declarado interdicto.

A falta de cónyuge, el curador legítimo es el padre, y a falta de éste, la madre, y a falta de ésta el hijo único que a juicio del juez fuere capaz de desempeñar el cargo, y habiendo varios hijos, el elegido por el juez en consideración a sus aptitudes intelectuales y su conducta moral, sin distinción de sexos.

A falta de las personas mencionadas, compete al juez la elección del curador, preferentemente entre los colaterales, hermanos, tíos, y afines.

Ver: art. 454 C. C. brasileño; 961 y 962 Anteproyecto de Bibiloni; 551, 552 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 75. — Si el interdicto tuviere hijos menores, su curador será también tutor de éstos. Si la curatela fuere de una mujer en cinta, se la extenderá al hijo concebido.

Ver: 966 Anteproyecto de Bibiloni; 553 Proyecto arg. de 1936.

Art. 76. — La obligación principal del curador, será la de cuidar de que el interdicto recupere su salud, y a tal fin aplicará de preferencia la renta de sus bienes. Si se tratare de un sordomudo procurará su reeducación.

Ver: art. 966 inc. 2º Anteproyecto de Bibiloni y 554 del Proyecto argentino de 1936; 456 C. brasileño; 481 C. argentino; 510 C. francés; 330 C. portugués; 448 C. uruguayo; 401 C. venezolano; 568 C. peruano; 626 C. mexicano; 225 C. costarricense.

Art. 77. — El interdicto no podrá ser trasladado fuera de la República sin expresa autorización del Juez de la curatela, oído el dictamen de cuando menos dos médicos psiquiatras, que informen que la medida es conveniente a su salud e indiquen los establecimientos que podrían garantizarle un tratamiento médico adecuado.

Ver: art. 483 C. argentino; 967 Anteproyecto de Bibiloni; 550 inc. 2º Proyecto argentino de 1936; 447 C. uruguayo; 446 C. chileno; 554 C. colombiano; 501 C. ecuatoriano; 352 C. nicaragüense; 519 C. hondureño.

Art. 78. — Ejecutoriada que sea e inscripta en el Registro respectivo la sentencia por la cual se someta a interdicción al enajenado mental o al sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, serán de ningún valor los actos de administración y de disposición que con posterioridad otorgare el incapaz con independencia de su curador.

Ver: art. 472 C. argentino; 958 Anteproyecto de Bibiloni y 549 del Proyecto argentino de 1936. Este precepto no repite el contenido literal del art. 472 del Código, porque sus compiladores creyeron que su sitio es el del art. 203 inc. 1º de su Proyecto, criterio que aun siendo irreprochable, no excluye la necesidad de su inserción en este lugar, aún a riesgo de incurrir en superfluidad. Los Códigos no son una figura de geometría, ceñida a la rigidez de las medidas de la extensión. Tampoco son un tratado de Derecho expuesto por razones didácticas a la repetición de los conceptos. Más la verdad es que en cierta medida cumplen esta misión por la sistematización de sus disposiciones.

Art. 79. — Los actos anteriores a la interdicción podrán ser anulados,

si la causa de ella, declarada por el juez, existía públicamente en la época en que los actos atacados fueron otorgados.

Ver: arts. 473 C. argentino y su apostilla; 969 del Anteproyecto de Bibiloni; 503 C. francés; 394 del de Luisiana; 427 in fine y 428 C. italiano; 573 C. peruano; 405 del C. venezolano; 465 segunda parte del C. chileno; 438 segunda parte del C. uruguayo; 335 del C. portugués; 553 segunda parte del C. colombiano; 509 inc. 2º del C. ecuatoriano.

Art. 80 — Después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus actos entre vivos, por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpues la demanda de interdicción.

Ver: art. 504 C. francés; 474 C. argentino; 970 del Anteproyecto de Bibiloni; 57 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO IV

DE LAS PERSONAS JURIDICAS

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art. 81. — Las personas jurídicas son de derecho público, interno o externo, y de derecho privado.

Ver: art. 13 del C. del Brasil; art. 11, 12 y 13 Código italiano; 39 a 45 del C. peruano; 89 del alemán 59 del C. C. suizo.

Juzgamos pertinente a este Código el enunciado de la distinción elemental de las personas jurídicas, como lo estatuyen los art. 14-16 del C. brasileño, ausentes en otras compilaciones, a menos de extraerlos de la combinación de aislados preceptos, como en el C. alemán y el civil suizo, de entre los más modernos, cada uno por razones distintas. Así, expresa la Exposición de Motivos del C. alemán que éste "ha tenido que ceñirse estrictamente en esta materia al aspecto del Derecho privado de las asociaciones por estar fuera de su esfera el Derecho Público y el relativo a la inspección del Estado". Agrega que "Queda, según ésto, como objetivo capital del Código Civil, el regular aquellas asociaciones que persiguen fines intelectuales, morales, sociales, políticos, religiosos y otros análogos, esto es sociedades con tendencias ideales". Con todo, por su art. 89 se aplica el art. 31, por analogía al Fisco, lo mismo que a las corporaciones, fundaciones e instituciones de derecho público, o sea que se consagra la responsabilidad del Estado por los perjuicios que sus representantes causen o terceros por un acto realizado en el ejercicio de sus funciones y que exija una reparación. Se trata de la responsabilidad derivada de una gestión privada y no de los actos cumplidos iure imperi (Vide: versión francesa del Código alemán por Bufnoir, Challamel, Drioux, etc. t. I, pág. 76).

Por razones de política legislativa el art. 59 del C. C. suizo señala tres grupos de personas morales, sometidas a un derecho especial, sea al lado o bien en substitución del C. Civil. Su parágrafo 1º reserva las disposiciones de Derecho público federal o cantonal, pero no de derecho civil, a las personas morales que tienen un carácter de derecho constitucional o eclesiástico. El parágrafo 3º abandona al derecho cantonal público o privado la facultad de legislar sobre las sociedades alemanas y otras semejantes. En fin, el parágrafo 2º deja substituir al lado del Código Civil todas las disposiciones contenidas en el derecho de las obligaciones y relativas a las sociedades en nombre colectivo, a las sociedades anónimas, a las en comandita por acciones y a las sociedades cooperativas. (Ver Curti-Forrer, **Commentaire du Code Civil Suisse**, nota 1 al art. 59, pág. 55). La doctrina, empero, así de los juristas germanos, como de otras naciones europeas, abundan en distinciones claras de las personas jurídicas según que sean de Derecho público o de Derecho privado. Así, Enneccerus, en Alemania, la admite, no precisamente por la naturaleza pública o privada del interés que persiguen, desde que existen asociaciones de Derecho privado con fines políticos, religiosos o sociales. Tampoco podría fundarse la característica fundamental en la libertad de asociación de las personas jurídicas de Derecho privado por oposición a la asociación forzosa de las de Derecho público, desde que existen gremios libres que son corporaciones de Derecho público. Mas, definiéndolas, enseña nuestro autor que "son personas jurídicas de Derecho público las constituídas inmediatamente por la ley o por acto administrativo para ser sujeto de funciones públicas, de modo que su constitución está regulada por el interés público por prescripción de derecho, o bien las que no reconocidas posteriormente mediante la ley o acto administrativo de la autoridad competente por ocuparse del cumplimiento de fines públicos". Y "son personas jurídicas de Derecho privado las asociaciones y fundaciones cuyo nacimiento y constitución se basan en estatuto privado o en negocio fundacional de Derecho privado". (ver: autor cit. Derecho Civil — Parte General, t. I, porág. 97, pág. 441, versión castellana de Pérez González y Alguer).

En Italia, Messineo observa que "hoy en día, se está de acuerdo en que la distinción entre persona jurídica de Derecho privado y persona jurídica de Derecho público **no es ya tan clara como lo era en otro tiempo.** o, cuando menos, que es necesario recurrir a varios criterios combinados: criterios sobre la substancia de los cuales distan mucho de estar de acuerdo los puntos de vista de los ecritores" (ver: autor cit. Manual de Derecho Civil y Comercial, t. II, pág. 181, versión castellana de Sentis Melendo).

La doctrina francesa, dice Michoud, ha establecido la distinción sencillamente desde el punto de vista práctico; ella ha planteado la cuestión de una manera más general que la doctrina alemana, siquiera en el fondo, la cuestión sea la misma, porque el límite que se trata de determinar es el mismo. Según nuestro autor, el verdadero límite entre el Derecho privado y el Derecho público se encuentra no entre las sociedades lucrativas y los establecimientos de utilidad pública, sino entre éstos y los establecimientos públicos. Según la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina francesa del Derecho administrativo, los establecimientos de la jurisprudencia de los tribunales y la doctrina francesa del Derecho administrativo, los establecimientos de utilidad pública tienen carácter privado, al paso que los establecimientos públicos por administrar un servicio público, son de Derecho público, los cuales gozan de ciertos privilegios propios de los servicios públicos, como el de su sumisión a las reglas de la contabilidad pública y la imposibilidad de sus acreedores de demandarles por las vías ordinarias; la sumisión de sus bosques al régimen forestal francés; el favor de que disfrutan para contraer un préstamo del Crédit Foncier; la exención del impuesto territorial, de que no gozan los establecimientos de utilidad pública; el reconocimiento de la calidad de funcionarios a sus

administradores o agentes, cuyas decisiones son actos administrativos revestidos de ejecutoria etc. (ver: autor cit. **La Théorie de la Personalité Morale et Son Application au Droit Francais**, t. I, Nº 83, pág. 221 y ss.) Mas Ferrara en Italia rechaza este criterio empírico de que los prácticos franceses se valen para catalogar los establecimientos públicos, como entes del Derecho público y por exclusión las personas jurídicas de Derecho privado no sujetas a las mismas normas, cmo un método unilateral que cae por su propia confesión cuando observa que constituye la regla, pero que hay excepciones y desviaciones numerosas (ver: autor cit. Teoría de la Persona Jurídica, Nº 103, pág. 682 y ss., versión costellana de Ovejero y Maury).

Ferrara, después de examinar y rechazar siete doctrinas concebidas para distinguir las personas jurídicas del Derecho público de las del Derecho privado, expone la suya fundada en la definición de los caracteres esenciales del Estado, los cuales son únicamente la potestad de imperio, la organización de la coacción social, en servicio y en ejecución de los mandatos estatutales. Por esto —agrega— encontramos un Estado allí donde encontremos un grupo social investido de fuerza originaria de mandato. El Estado es el único y el supremo ente, investido de la plena potestad pública.

"El Estado, empero, para la consecución de sus fines, separa parte de sus poderes públicos, invistiendo con ellos a los entes que viven en su seno o que él mismo llama a la vida haciéndolos sus cooperadores y auxiliares, descentralizando su actividad en favor suyo. Estos entes estatales a veces desmembramiento de su administración, otras colectividades e Instituciones libremente constituídas, que reciben, aunque sea en una esfera limitada, poderes y atribuciones de naturaleza igual a la del Estado, que disfrutan, como el Estado, del **Ius Imperii**, son las personas del Derecho público (ver: autor y opus cits., pág. 9633.

Agrega nuestro autor que la potestad pública existe cuando se tiene el señorío de mando, cuando puede desarrollarse una voluntad imperante que vincula a todos los demás a la obediencia, ora ordenando o prohibiendo un acto, ora imponiendo obligaciones patrimoniales (impuestos, tasas) o límites y sacrificios a las personas y a la propiedad, artibutos que no deben confundirse con simples privilegios judiciales o concursales o exenciones de tasas que algunas veces puede el Estado conceder.

Explícase así que Ferrara coloque el Estado en la cima de todas las personas jurídicas, como la primera y la más alta persona jurídica del Derecho público, y en segundo lugar a las Provincias, como en la Argentina o los Estados federados, de los Estados Unidos de Norte América, y los Municipios que son compartimientos del Estado, tanto en el Paraguay, como en cualquier otro país.

Con idéntico criterio son entre nosotros personas jurídicas de Derecho público el Banco del Paraguay creado por el Decreto-Ley Nº 5130 con facultad de emitir billetes y acuñar monedas (art. 29 inc. c); el Banco Central del Paraguay creado por el Decreto-Ley Nº 18, con la misma facultad (art. 64), siquiera como ley posterior que deroga en este punto a la anterior; el Instituto de Previsión Social creado por el Decreto-Ley Nº 17.071 con facultad de percibir de los patrones el seguro obligatorio por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus empleados, instituídos por dicho Decreto-Ley.

Finálmente distingue Ferrara las personas jurídicas de Derecho privado según que sean de **utilidad pública** o de utilidad particular, siendo las primeras aquéllas que desarrollan una actividad en el interés social y se encuentran por esto en una relación de dependencia con el Estado, como son las instituciones de beneficencia, de instrucción pública en pro de las bellas artes, las Cajas de Ahorro, los Montes de Piedad, las sociedades obreras de Socorro Mutuo, y entre nosotros, las Cajas de Jubilación de empleados ferroviarios y bancarios etc., y las segundas aquéllas que agotan su vida en la satisfacción de intereses particulares, ya sea de naturaleza ideal o económica. (ver opus cit. pág. 701 y ss.; Bevilaqua, **Commentario**, t. I, art. 13 **observacoes**, pág. 202; Villegas Basavilbaso, Derecho Administrativo, t. II, Ng 80, pág. 109 y ss.).

Art. 82 — Son personas jurídicas de Derecho público interno:

1) El Estado;

II) Cada uno de sus Municipios creados por ley;

III) Las entidades legalmente investidas de señorío de mando que vinculen a todos los demás a la obediencia por actos administrativos prohibitivos o impositivos de obligaciones patrimoniales, o impongan límites y sacrificios a la persona o a la propiedad, como si fuesen el propio Estado, en la prestación del servicio público a su cargo;

IV) Las entidades que aun creadas por la voluntad privada para el cumplimiento de fines de interés público, ejercen en virtud de una ley de concesión, dentro de límites determinados, poderes y atribuciones semejantes a los de los órganos autárquicos de la administración pública.

La personalidad jurídica del Estado emana de la Constitución, como ley suprema de la Nación (art. 4º Constitución de 1940) por la que se instituyan y organizan los tres poderes, con los atributos de la soberanía. Los municipios sólo pueden ser creados por ley (art. 2º de la Ley Nº 222). Para la creación de un municipio se requiere: 1º una población residente no menor de 3.000 habitantes; 2º un territorio circunscripto por límites fijos; y 3º una capacidad financiera suficiente para subvenir a los gastos de la vida municipal (art. 3º **Ibidem**).

Las Municipalidades son entes autónomos en el ejercicio de sus funciones e independientes de las otras funciones públicas. Sus miembros son responsables por los abusos que cometan colectiva o individualmente (art. 17 **Ibidem**).

En el inc. III) del presente artículo se configura, de acuerdo a la caracterización doctrinal de Ferrara, los entes, autónomos del Derecho Administrativo que son verdaderas desmembraciones de los poderes de Imperio del Estado, como en el Paraguay son la Administración Nacional de Electricidad (ANDE); la Administración Nacional de Telecomunicaciones (ANTELCO); el Banco Central del Paraguay; la Corporación Paraguaya de Cirnes (COPACAR); la Administración Nacional de Alcoholes (APAL); la CORPOSANA S.A., etc.

En el inc. IV) pueden incluirse las entidades libremente constituídas para explotar un servicio público al favor de una concesión del Estado, como fueron en su origen la CALTE, la Compañía Telefónica, etc.

Art. 83. — Son personas jurídicas de Derecho público externo:

1) Los Estados extranjeros.

2) La Santa Sede.

Los Estados extranjeros y la Santa Sede son soberanos, de suerte que las relaciones jurídicas mantenidas por ellos con el Estado paraguayo, escapan a la jurisdicción ordinaria de los Jueces y tribunales locales, porque son entes de Derecho Público (ver; Bevilaqua, **Commentario**, t. I, Observaçoes, pág. 202; Teixeira de Freitas, **Esboço**, art. 274 inc. 6º y nota).

Art. 84. — Los Estados extranjeros y demás personas jurídicas foráneas de Derecho Público, podrán ejercer su capacidad en el Paraguay de conformidad con las leyes locales.

Ver: art. 3º del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940. Estatuye a este respecto el Tratado de Derecho Internacional Privado de La Habana del 13 de febrero de 1928 que: "Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir y ejercitar derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local" (art. 31) y que "El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial" (art. 32).
En más de un Código se prohibe a los Estados extranjeros la adquisición de otros bienes raíces que los destinados a local de su legación o embajada.

Art. 85. — Los actos de las personas jurídicas de Derecho Público interno y sus relaciones jurídicas con terceros serán regulados por el Derecho Público y principalmente por el Derecho Administrativo, desde el punto de vista de la forma, del contenido y de la fuerza ejecutoria, y además del contralor jurisdiccional, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las leyes de este Código.

Ver: Forti, Diritto Amministrativo, t. I, pág. 190, in Villegas Basavilbaso, opus cit. t. II, pág. 109.

Art. 86. — Las personas jurídicas de Derecho público son, civilmente, responsables por los actos de sus funcionarios ó empleados, que, procediendo en esa calidad, de modo contrario al derecho, o faltando al deber prescripto por la ley, causen daños a tercero, salvo su derecho regresivo contra los causantes del daño.

Ver: art. 17 de la Constitución de 1940, el cual estatuye que: "Todas las autoridades superiores, funcionarios y empleados públicos son responsables individualmente por las faltas y delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado, que podrá ser establecida en la ley. En ningún caso podrán ejercer atribuciones ajenas a su jurisdicción y sus actos deben ajustarse siempre a la ley".
Por este precepto se consagra la responsabilidad personal de los funcionarios públicos por el cumplimiento irregular de las funciones a su cargo, estatuida en el art. 1112 del C. argentino, el cual no es sino la versión castellana de un párrafo de la obra de Aubry & Rau en el que enseñan que los arts. 1382 y 1383 del C. francés "doivent etre appliquées, sauf les modifications résultant de dispositions spéciales, aux fautes que les fonctionaires publics et les officiers ministériels commettens dans l'exercice de leurs fonctions, en n'accomplissant que d'une maniére irrégulière les obligations légales qui leur sont imposées", (ver autores cits. t. III, parág. 446, pág. 548, nota 7, 3ª edición).
El art. 1112 del Código de Vélez Sarsfield, armonizado con el 43 del mismo cuerpo legal, según el cual: "No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmonte, hubiesen comatido delitos que redunden en beneficio de ellas", redujo la responsabilidad de las personas jurídicas a las hipótesis no incluidas en la excepción del art. 43, de suerte que siendo así, la responsabilidad del Estado, considerado como persona jurídica del Derecho privado, es de análoga extensión a la de las otras personas jurídicas de libre o voluntaria creación, siempre que el acto lesivo sea de gestión. Siendo así, la jurisprudencia admitió la responsabilidad cuasi delictual del Estado por los actos irregulares de gestión de sus funcionarios que causen daños a terceros, pero la rechazó por los actos cumplidos iure imperii como persona jurídica del Derecho público (ver Aguiar, Hechos y Actos Jurídicos — Actos Ilícitos — Responsabilidad Civil, pág. 453 y ss., edic. 1936). Y por esta vía y por interpretación restrictiva y gramatical del art. 43 consagró la Corte Suprema Argentina la irresponsabilidad del Estado por el acto de un funcionario municipal que se opuso a la realización de un remate, fundado, indebidamente, en que las tierras que iban a subastarse, eran de la Municipalidad, a pesar del daño así ocasionado al verdadero propietario; lo mismo que por el acto abusivo de funcionarios oficiales que turban la posesión de un particular para abrir caminos, etc. y otros casos más que pueden verse en Busso, Código Civil Anotado, t. I, nºs. 54 y ss., pág. 370.
Conviene destacar, empero, que esta jurisprudencia evolucionó favorablemente a la admisión de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a particulares por un incendio provocado por negligencia de agentes de la Nación; y por los perjuicios pecuniarios causados a un particular por un camión del Ministerio de Marina que le atropelló, y otros y otros casos que también pueden verse en el t. I, nºs. 78 a 91, pág. 372 y ss., de la citada obra de Busso.
Esta evolución de la jurisprudencia de la Corte es acorde con el abandono actual de la teoría de la doble personalidad del Estado, en cuanto como persona jurídica del Derecho privado sólo puede cumplir actos de gestión, y como persona jurídica del Derecho público, realiza actos de autoridad, o iure imperii.
Hoy día esta distinción es rechazada por la doctrina. Ya Ferrara la juzgó de inexacta. "Así como el hombre que tiene dos trajes no tiene dos figuras; —dice— así como el hombre que se presenta públicamente vestido de ciudadano no es un duplicado del hombre que toma parte en el comercio como propietario y deudor, así el Estado que obra iure imperii no es el "sosía" del Estado que obra iure gestionis" (ver autor y opus cits. pág. 685).
Inspirado en Ferrara, enseña Villegas Basavilbaso que: "El Estado, como persona es unívoco; sólo el ámbito en que se mueve, en el sentir de Ferrara, es plúrimo. A este respecto, Michoud, adversario de la tesis de la doble personalidad, dice: "el Estado poder público y el Estado persona moral de Derecho privado, constituyen un solo y mismo sujeto de derechos. Si se les separa arbitrariamente, sea fraccionando el Estado en dos personalidades, sea, lo que es lo mismo, limitando la idea de personalidad a una sola de sus manifestaciones, a las de Derecho privado, se llega a consecuencias inadmisibles: será necesario decir, por ejemplo, que el Estado poder público no es responsable de los actos cumplidos por el Estado persona privada, y recíprocamente; que un contrato celebrado por uno es para el otro res inter alios acta; que la cosa juzgada con respecto a uno no lo es respecto al otro. Es suficiente una breve reflexión para darse cuenta de las dificultades inextricables y de las injusticias a las que conduce semejante sistema, que la práctica y el instinto jurídico rechazan igualmente". Aun admitiendo nuestro autor que el obrar del Estado sea diverso según que actúe como soberano o sin imperium, juzga que en todos los casos, aun cuando se encuentre sujeto a las prescripciones del Derecho común, tiene por objeto el interés público, la satisfacción de las necesidades colectivas (ver autor y opus cits. t. II, pág. 157 y ss.).
También en la Argentina y en idéntico sentido enseña Colombo que: "Semejante división bipartita, aceptada tradicionalmente por famosos autores y admitida por nuestra Corte Suprema casi sin alternativas hasta hace

poco tiempo, es ahora combatida con ardor, notándose una tendencia bien definida hacia la identificación de ambos aspectos. Se trata, en la actualidad, de ver en el Estado una entidad de Derecho público única e indivisa, cuyas actividades, aunque sometidas muchas veces a los preceptos del Derecho privado, son íntegramente de interés general y persiguen el bienestar colectivo de los administradores y del ente social" (ver autor cit. Culpa Aquiliana, pág. 429).

Explicando Bevilaqua el art. 15 del Código brasileño, trasegado al art. 86 de este Código, dice, por referencia a la distinción tradicional entre actos de gestión o de orden privado, y los actos cumplidos **iure imperii**, y a la limitación de la responsabilidad de las personas de Derecho público por los daños emergentes de solo la primera categoría de actos, que tales limitaciones son inaceptables. Y agrega: "Todo daño debe ser reparado por quien, injustamente, lo causó. Por los daños causados por actos de administración pública, la responsabilidad no debe ser desviada, porque ella obra por intermedio de sus órganos. Entre el funcionario y el Estado o el Municipio hay una relación más íntima que en la representación común de mandante por el mandatario; y, si el comitente responde por los actos del procurador, con harta mayor razón debe la Administración responder por los actos de sus órganos.

"Distinguir entre actos de gestión (**iure gestionis**) y actos de autoridad (**iure imperii**) para excluir estos últimos, por ser de carácter político, de la responsabilidad civil, es desconocer que el fundamento de esa responsabilidad es el principio jurídico, en virtud del cual, toda lesión de derecho debe ser reparada, todo daño resarcido, y que el Estado, por tener por función principal realizar el derecho, no puede pretender para sí el privilegio de contrariar, en su interés, ese principio de justicia.

"Las condiciones para que se de la responsabilidad civil de la administración pública, como consecuencia de los actos de sus representantes, son las siguientes: a) que el representante realice el acto en esa calidad esto es, en ejercicio de una función pública y no en su carácter individual, de persona privada; b) que el acto cause daño a alguien, lesionándole su patrimonio o produciéndole ofensa a sus derechos; c) que el acto sea injusto, o por omisión de un deber prescripto por la ley, o por violación de un derecho. Definiendo este acto generador de la responsabilidad de la persona jurídica de Derecho público, se ha dicho que es un **acto ilícito del representante del poder público**.

"El artículo analisado consagra el derecho regresivo de la persona jurídica de Derecho público, contra los causantes del daño. Es la aplicación de un principio general de derecho (ver art. 1542 C. del Brasil), que hecho efectivo, sería un freno eficaz de los abusos a que se dejan arrastrar las autoridades arbitrarias.

"El funcionario público, además de esa responsabilidad civil en relación al Estado, tiene, además, la responsabilidad penal". (ver autor y **opus** cits. t. I, pág. 205).

Tanto es lo que esta doctrina ha echado raíces que aun en la propia Francia, tradicionalmente aferrada a la distinción de los actos de gestión y de los actos **iure imperii**, cumplidos por la persona de Derecho Público, se la rechaza hoy por sus más eminentes civilistas. Así es cómo Henri & Leon Mazeaud la niegan por ilógica, y enseñen que una jurisprudencia constante sea del Tribunal de conflictos, de la Corte de Casación o del Consejo de Estado sólo consagra la distinción entre la culpa de servicio y la **culpa personal** del funcionario, agente de un servicio público. Incurrirá éste en **culpa personal** y será civilmente responsable ante los tribunales ordinarios, si al ejecutar el acto culposo ha obrado fuera de ejercicio de sus funciones. En este caso, los tribunales no tendrían que examinar un acto administrativo, que desde luego les estaría prohibido en virtud de la separación de los poderes judicial y administrativo. Ver el infine del art. 2501 de este Código

Mas si el acto cumplido por el funcionario revistiera los caracteres de una **culpa de servicio** que tiene lugar cuando su autor obra como órgano de la Administración, se juzga que es esta Administración misma la que ha incurrido en culpa, tal como una persona moral del Derecho privado respondería por el perjuicio causado por uno de sus órganos. Esta culpa es así un acto administrativo, que escapa a la competencia de los tribunales ordinarios, en virtud del principio ya citado de la separación de los poderes. Y aun cuando en buena lógica también en éste caso, como en el de la responsabilidad de las personas jurídicas del Derecho privado por la culpa de sus agentes o representantes no excluye la responsabilidad personal del autor del hecho, se concibe que la responsabilidad de la Administración por culpa de **servicio** imputada a uno de sus agentes no excluya la responsabilidad personal de éste respecto del damnificado. A la lógica, empero, se oponen razones de necesidades prácticas, el interés público. Para no privar al funcionario de toda iniciativa al dejarle expuesto a la constante amenaza de una acción de responsabilidad por **culpa de servicio**, la Administración le cubre, razón por la cual la doctrina y la jurisprudencia de consumo consideran la **culpa de servicio** como culpa de solo la Administración, sin dejar subsistir a su lado ninguna culpa personal del funcionario, a quien se le considera extraño a esta responsabilidad. La persona moral pública, dicen nuestros autores, absorbe la persona física de su agente. Sólo la Administración está obligada a indemnizar a la víctima, destituida de esta suerte de toda acción contra el funcionario. (ver autores cits. **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile**, t. III, Nº 2005, pág. 7 y ss.).

Han de bastar estos antecedentes para comprender que la doctrina del art. 17 de la Constitución del 40, siquiera admita la responsabilidad indirecta o subsidiaria del Estado por los hechos culposos de las autoridades superiores, funcionarios y empleados públicos que causen daños a los particulares, dependiente de una ley futura, libra a la víctima a merced de la insolvencia del autor del hecho, cuando lo que corresponde es que la Administración pública del Estado asuma íntegra esa responsabilidad, como una caja de seguros porque corresponde al Estado, como supremo regulador de la vida jurídica de la sociedad impedir que el daño recaiga sobre uno solo o sea exclusivamente sobre la víctima del abuso o del ejercicio irregular o injusto de la función pública.

Además, en el art. 17 de la Constitución del 40 no se distingue la responsabilidad emergente de los hechos meramente culposos de la generada por los delitos, y lo que es más grave sin distinguir los delitos civiles de los criminales que son aquellos que sólo comprometen al autor del hecho.

La acción regresiva del Estado o de la Administración pública contra el causante del daño o sea contra el funcionario, sitúa su responsabilidad entre las que generan los cuasi-delitos, de suerte que siendo así, no excluye la del autor del hecho, contrariamente a lo que la doctrina y la jurisprudencia francesas han decidido por razones prácticas en esta materia.

Art. 87. — Son personas jurídicas nacionales de Derecho privado o de existencia voluntaria:

1º) Los establecimientos y las fundaciones de utilidad pública, las sociedades civiles, religiosas o piadosas, científicas, artísticas o literarias; sociedades de recreo, deportivas, sociedades profesionales, Iglesias o Parroquias, asilos, hospitales, que no siendo sujetos de Derecho público, tengan por principal objeto el bien común, posean o puedan poseer por sus Estatutos patrimonio propio y no subsistan de sólo la subvención del Estado y sean legalmente autorizados;

2º) Las sociedades por acciones, los Bancos particulares de cualquier naturaleza, establecimientos de crédito, cajas de ahorros, compañías de

navegación fluvial, aérea o ferroviaria, compañías de seguros, cooperativas de consumo y de crédito que hayan sido igualmente autorizadas.

Ver: art. 276 inciso 1º y 3º del Esboço de T. de Freitas y nota; 33 C. Civil argentino; 180 Anteproyecto de Bibiloni y nota; 74 del Proyecto argentino de 1935; 16 C. C. brasileño; 21 del alemán; 52 C. C. suizo; 12 del C. italiano; 35 a 37 del español; 19 inc. 3º del C. venezolano; 42 del C. C. peruano; 25 a 28 del C. mexicano; 56 inc. 2º y 57 del C. hondureño; 15 inc. 2º y 3º del C. guatemalteco.
La catalogación de las personas jurídicas de Derecho privado en los dos incisos del art. 87 de este Código, se inspira en la sistemática del art. 16 del C. brasileño, por oposición a la del art. 33 del C. argentino que, aun procediendo del art. 276 del Esboço de T. de Freitas, las incluye al lado de las personas jurídicas de Derecho público.
Los establecimientos de utilidad pública caracterizados por su fin desinteresado del bien común o de utilidad pública, su solvencia económica y la autorización para funcionar, como los que se enumeran en el inc. 1º de este precepto, son universalmente considerados como entes o personas jurídicas del Derecho privado, por oposición a los establecimientos públicos que son personas del Derecho Público.
Agregamos, como en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936, las **fundaciones**, también de utilidad pública, como patrimonios afectados a un fin que le confiere unidad, sobre las que cumplía legislar para colocar este Código al nivel del C. brasileño en América y de los código alemán, suizo y el italiano de 1942 en Europa.
Las sociedades civiles comprenden las de fines ideales, como las religiosas, pias, morales, científicas, artísticas o literarias, constituidas para el bien común; y las de fines económicos, como las enumeradas en el inc. 2º de nuestro artículo, las cuales , constituidas como son para la utilidad particular de sus fundadores o socios, agotan como dice Ferrara, su vida en la satisfacción de intereses particulares, ya sea de naturaleza ideal o económica (autor y opus cits. pág. 702).
Entre las sociedades civiles religiosas se incluyen las congregaciones, las cofradías y las hermandades. Muchas de ellas fundan colegios donde imparten la enseñanza pública, como la Compañía de Santa Teresa de Jesús, la Congregación de María Auxiliadora; la del Colegio Monseñor Lasagna; la Compañía de Jesús; la comunidad de los sacerdotes bayoneses del Colegio de San José, etc.
Las Parroquias o diócesis del país son personas jurídicas del Derecho privado. Ellas son, como miembros de la Iglesia Católica, regidas por el derecho eclesiástico (ver canon 1409 C. de D. Canónico). Sus bienes pueden ser enajenados de conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica, como lo preceptúa el art. 2345 del C. C. argentino. Según este precepto, las iglesias o parroquias están sujetas a las disposiciones de los artículos 33 a 41, siquiera no se organicen sobre la base de un Estatuto que permita su aprobación por el Gobierno o por la ley. Mas Bevilaqua las excluye del Derecho privado (ver **Commentario**, t. I, pág. 211).

Art. 88. — Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos concernientes a bienes que este Código establece, y ejercer en relación a ellos los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los órganos que sus leyes o estatutos les hubieren constituido

---

Ver: art. 285 del **Esboço** de T. de Freitas; 35 del C. argentino; 182 del Anteproyecto de Bibiloni; 79 del Proyecto argentino de 1936; 17 del C. C. del Brasil; 26 a 27 del C. alemán; 54 y 55 del C. Civil suizo; 695 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 551 y 552 del C. chileno; 639 del C. colombiano; 586 y 587 del C. ecuatoriano; 27 del C. mexicano; 59 del C. hondureño; 43, 40 y 41 del C. peruano; 17 y 19 delC. guatemalteco.
Siempre que los códigos modernos no alteren los principios clásicos del C. argentino, los conservamos en este Código, y si es posible, sin modificación substancial de la redacción de sus preceptos.
En el presente artículo reproducimos casi literalmente el art. 35 del C. argentino, sin otro agregado que el sugerido por el art. 285 del **Esboço** de T. de Freitas y por el cual se limita la capacidad de derecho de las personas jurídicas a la adqusiición de derechos concernientes a bienes, porque es ocioso que no podrían adquirir derechos **"Inherentes a la condición natural del hombre"**, como reza el in fine del art. 43 del C. peruano. En el mismo sentido, los arts., 41 del C. argentino; 38 del C. español y el 59 del C. hondureño preceptúan que **"Los establecimientos, corporaciones y demás personas jurídicas, gozan, en general, de los mismos derechos que los particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres, recibir usufructos, herencias, legados o donaciones, e intentar las acciones civiles o criminales que las incumben, salvo las disposiciones constitucionales"**.
Establecidas así la limitación de la capacidad de goce de las personas jurídicas, corresponde establecer quiénes sean sus representantes, mas no en un precepto especial, como el art. 286 del **Esboço** de T. de Freitas, como con todo acierto lo juzgó Vélez Sarsfield, ni con los detalles relativos a la representación de las asociaciones de los arts. 26 a 30 del Código alemán, no imitados por los Códigos posteriores, sino sólo en esta apostilla con que se aclara el art. 88 del presente Código.
Tratándose de una representación que ha de ejercerse exclusivamente en el orden y la jurisdicción civil, ocioso es que los apoderados de las personas de Derecho público sean los que la respectiva ley de su creación y organización designe; y que los de las personas jurídicas de Derecho privado sean los constituidos por sus estatutos.
El representante local de la Santa Sede será el Nuncio Apostólico acreditado ante el Gobierno. Y el de las Iglesias o Parroquias del país; por el Párroco nombrado por el Ordinario del lugar, de conformidad con las leyes del Derecho canónico, como lo preceptúa el art. 25 de la Ley colombiana Nº 57 de 1887.

Art. 89. — Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus órganos estatutarios, Directores o administradores.

Ver: art. 290 del **Esboço** de T. de Freitas; 36 del C. argentino; 183 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 90. — Los Directores o administradores son responsables a la persona jurídica según las normas del mandato. Está exento, sin embargo, de responsabilidad aquel de los administradores que no haya participado en el acto que ha causado daño, salvo el caso en que, estando en conocimiento de que el acto se iba a realizar, no haya hecho constar el propio disentimiento.

Ver: art. 18 C. C. italiano y art. 55 in fine del C. C. suizo. La responsabilidad del mandatario administrador

es por todo daño culposa o dolosamente causado a la persona jurídica. (Messineo, opus cit. t. II, pág. 170 y Curti-Forrer, Commentaire, nota 8 al art. 55 del C. C. suizo, pág. 51).

Art. 91. — Si los poderes de los Directores o administradores no hubieren sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato.

Ver: art. 291 del Esboço de T. de Freitas; 429 y 430 C. de Luisiana; 552 del C. chileno; 37 del argentino. 184 del Anteproyecto de Bibiloni; 80 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 92. — Las personas jurídicas poseen la misma capacidad que el hombre para adquirir bienes o contraer obligaciones, y en cuanto al ejercicio de sus derechos sólo podrán obrar por medio de sus órganos estatutarios. Con esta limitación podrán intentar acciones civiles y criminales, y responder a las acciones civiles que los terceros intenten contra ellas.

Ver: Art. 298 del Esboço de T. de Freitas; 41 del C. argentino; 185 del Anteproyecto de Bibiloni y 79 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 93. — Las personas jurídicas del Derecho privado responden del daño que su Directorio o Comisión Directiva o un miembro de la dirección u otro órgano instituido por sus Estatutos, hubiere causado a un tercero por actos jurídicos o por cualquier hecho, sea delito o cuasi-delito, y aun por los hechos que sin ser ilícitos, fueren cumplidos a beneficio de ellas en ejercicio de sus funciones y obliguen a la reparación del perjuicio. El hecho así cometido compromete la responsabilidad personal de su autor a favor de la persona jurídica de conformidad con lo dispuesto en el art. 90 de este Código.

Abandonamos la redacción del art. 43 del C. argentino que excluye de su aplicación: 1º) las faltas de los representantes cometidas en el campo contractual; 2º) los cuasidelitos en que incurran los administradores en el ejercicio de sus actividades o funciones; 3º) los actos ilícitos ejecutados por los empleados y dependientes en el desempeño del puesto que ocupen; y 4º) las responsabilidades especiales por las cosas inanimadas y los daños ocasionados por los animales.

El vocablo "delitos", empleado en dicho precepto, no ha merecido una interpretación uniforme de la doctrina. Para unos, como Barcia López, sólo se refiere a los delitos del derecho criminal, al paso que para Aguiar y Salvat abarca toda clase de delitos, incluso los civiles, opinión esta última a la que Colombo prestó su adhesión (autor y opus cits. pág. 393).

Como el art. 43 del C. argentino sólo se refiere a los delitos cometidos por los directores o administradores designados de conformidad con los Estatutos de la persona jurídica, viene por lógica consecuencia que si los delitos o cuasi delitos fuesen cometidos por los empleados, dependientes o subordinados, comprometerían la responsabilidad patrimonial del principal, fundada en la culpa in eligendo o in vigilando de la persona jurídica, por aplicación del art. 1113 del C. argentino.

Bibiloni reprodujo en el art. 186 de su Anteproyecto el art. 43 del Código, con dos agregados: 1º) el relativo a la responsabilidad contractual por inejecución de sus obligaciones, imputable a sus representantes; y 2º) el relativo a la responsabilidad por los cuasidelitos, imputables a sus representantes y empleados, pero que la Comisión argentina de reforma del Código juzgó innecesarios por tratarse de dos responsabilidades de derecho común consagradas en otros preceptos. Abandonó, como también se decide en el art. 93 de este Código, la redacción sibilina del art. 43 del Código, inspirado en la concepción savigniana de la ficción de la personalidad de los entes morales y el fundamento de su responsabilidad delictual, para optar, a imitación de art. 31 del Código alemán y el 55 del C. civil suizo por una responsabilidad puramente objetiva, no condicionada en su aplicación a ninguna culpa de parte de la asociación, sea in eligendo o in vigilando.

El art. 31 del C. alemán se aplica sobre todo en caso de delitos o cuasidelitos y de la comisión de hechos que sin revestir caracteres de delitos pueden comprometer la responsabilidad de su autor, independientemente de toda culpa de parte del ente moral. Las condiciones de la responsabilidad sólo existen en relación al autor del hecho, y no respecto de la asociación. En lo que atañe al autor del hecho, debe suponerse reunidos todos los extremos a que se subordina su responsabilidad personal, si sólo él fuese juzgado, ya se trate de simple culpa, ya se trate de delito (ver la apostilla de Bufnoir, Challaniel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y Saleille al art. 31 de su versión francesa del Código Civil Alemán, t. I, pág. 29)

Glosando Curti-Forrer el art. 55 del Código Civil suizo, fuente del 93 de este Código, distingue en la persona moral sus "órganos", (Directorio o Comisión Directiva, instituido por sus Estatutos) de sus "representantes" (personas vinculadas a la persona moral en virtud de un contrato de locación de servicios), mandatario o representantes en el sentido jurídico de la palabra, cuando han sido investidos de poderes para tratar en su nombre, los cuales se hallan regidos por las leyes del mandato e incursos en las responsabilidades de los mandatarios.

Los primeros, agrega nuestro autor, no son los representantes de la persona moral, sino partes integrantes de ella. Como cabezas que son, piensan por ella, deciden y obran en interés de la colectividad. Como tales están provistos de poderes para tratar con los terceros, y frente a la persona moral están en la obligación de hacerlo. La voluntad de la persona moral se forma por sus órganos, en los límites de su competencia legal o estatutaria. Esa voluntad se expresa por los órganos del ente moral.

Explicando la locución de nuestro precepto: "por actos jurídicos o por cualquier hecho, sea delito o cuasi delito", Curti-Forrer ofrece, como ejemplos de los actos lícitos: las declaraciones unilaterales, tales, como publicaciones, aceptación de donaciones entre vivos, legados, actos de procedimiento, como embargos, etc.; y como ejemplos de los actos ilícitos: ruptura de contrato, despido injusto de un empleado, omisión de instalación de aparatos de protección en una fábrica, actos de concurrencia desleal, envío de prospectos mentirosos, etc. Mas el acto o la omisión debe caracterizarse necesariamente, como manifestación de la actividad de los órganos, o producirse con ocasión de esta actividad. La cuestión de saber si es así en un caso dado, es una cuestión de hecho. El Presidente de una sociedad que despide a un empleado en violación de su contrato, comete un acto ilícito imputable a la sociedad. Actos tales comprometen la responsabilidad del órgano a favor de terceros, solidariamente con la persona moral misma, porque no siendo el órgano representante de ella, sino

uno de sus elementos, no hay sino un solo sujeto de derecho responsable, y no dos. (ver autor y opus cits. t. I, art. 55, pág. 51).
Al apartarnos de la redacción del art. 81 del Proyecto argentino de 1936, no hemos desechado su substancia, sino meramente su forma de expresión, pues, la doctrina del art. 93 de este Código, es la misma, más inspirada en el art. 31 del Código alemán, pero complementada por el art. 55 del suizo.
Por lo que llevamos expuesto, bien se ve que al incorporar a nuestra legislación estos principios, abandonamos la teoría de la ficción de Savigny para plegarnos a la teoría de la realidad de Gierke y sus secuaces: Edmundo Rhombergs, Hartwig, Kruger, Hapter, Regelberger y Mestre, resumida por Ferrara con idénticas palabras a las de Curti-Forrer, como puede verse en su obra ya citada, pág. 820 de su versión castellana, y reproducida por Enneccerus en el t. I de su obra también ya citada, parág. 96, nº III, pág. 438 de su versión castellana.
En Francia, Savatier ha prestado su plena adhesión a esta doctrina al distinguir los órganos de la persona moral de sus representantes o mandatarios, y concluir que los órganos de la persona moral expresan su voluntad y pueden obligarla donde quiera una persona pueda obligarse por su sola voluntad, más poderosa, a este respecto que la de un mandatario. Se puede admitir, agrega, aun cuando la cuestión sea discutible, que la responsabilidad civil de los órganos, cuando obran como tales, se confunde con la de la persona moral, y que ocurra lo mismo con la responsabilidad penal en que se incurre por los delitos no intencionales (autor cit. in Planiol y Ripert, **Traité Pratique de Droit Civil Français**, t. I, nº 93, pág. 95; Saleilles, **De la Personalité Juridique**, pág. 521 a 540, 2ª edición; Michou, **La Théorie de la Personnalite Morale**, nº 40, pág. 85)
Respecto al último parágrafo del art. 93 de este Código por el que se consagra la doctrina de la doble responsabilidad del o de los órganos de la persona moral, la una, como persona física, autora personal del delito o cuasi delito, respecto de terceros, y la otra, como parte integrante del propio ente moral. Respecto de éste, se debe confrontar lo que Savatier enseña en el t. I, nº 208, pág. 261 de su **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français.**
Según Savatier, la responsabilidad del órgano respecto de terceros, se ejerce solidariamente con la persona moral misma. Así es también la solidaridad imperfecta o solidaridad legal consagrada por el art. 1081 del Código civil argentino, mal que les pese a los juristas, también argentinos, como Cammarota, según los cuales "en materia casi delictual no existe solidaridad entre los coautores del hecho ilícito" (ver autor cit. **Responsabilidad Extracontractual**, t. I, nº 198 2º, pág. 260).
Agrega Savatier que respondiendo el organo de su culpa personal respecto de la persona moral, tiene ésta un recurso contra el cuando por culpa del órgano es condenada a indemnizar al tercero, pero sólo si ella, por el conjunto de sus otros organos, no ha cubierto el hecho.

Art. 94. — La existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras de Derecho privado, se rigen por las leyes de su domicilio.

El carácter que revisten como tales, las habilita plenamente para ejercer en la República todas las acciones y derechos que les corresponda para los fines de su institución, en la misma medida establecida por este Código para las personas jurídicas nacionales de Derecho privado.

Mas, para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por este Código con relación a dichos actos.

La misma regla se aplicará a las asociaciones o corporaciones civiles.

Ver: art. 4º del Tratado de Derecho Civil de Montevideo y arts. 31 a 34 del Tratado de Derecho Internacional Privado suscrito por el Paraguay en La Habana a 13 de febrero de 1928.

CAPITULO II

De las Asociaciones con Personería Jurídica

Art. 95. — Las personas que quieran fundar una asociación de Derecho privado, con personería jurídica, de fines económicos, expresarán su voluntad colectiva en estatutos que regirán la existencia futura de la entidad como ley privada de su organización, su existencia, su capacidad de goce y de ejercicio, su patrimonio, su dirección y administración, sus derechos y obligaciones, su duración y extinción, formalizados en escritura pública.

Ver: art. 14 C. Civil Italiano; 22 del C. alemán; 190 Anteproyecto de Bibiloni; 82 del Proyecto argentino de 1936; 20 inc. 1º C. C. brasileño; 19 inc. 3º del C. venezolano; 28 del C. mexicano; 37 del C. español.
Nos apartamos en este punto del Anteproyecto de Bibiloni y del Proyecto argentino de 1936, que en vez de la palabra "**asociación**", empleada en los arts. 21, 22 y ss., del C. alemán, del 14 del italiano de 1942, la substituyen con el vocablo "**corporación**" de que Gierke se sirvió para connotar la idea de "**persona real colectiva**" (realer Gesammtperson), por oposición a la de la **persona jurídica-ficción** (fingierte personen) de la teoría de Savigny, porque fuera de las controversias a que ha dado lugar la organización corporativa de los entes morales, que dice el art. 52 del C. C. suizo, tan admirablemente resumidas por Ferrara desde el Nº 44 de su **Teoría de las Personas Jurídicas**, es punto menos que foránea de nuestro lenguaje corriente. No pretendemos negar méritos a la teoría de la realidad de la persona jurídica de Gierke. Antes al contrario, la adoptamos en materia de responsabilidad por los delitos y cuasi delitos cometidos por sus órganos estatutarios, tal como queda establecido en el art. 80 de este Código, pero no nos parece necesario forzar el lenguajo corriente del foro por el empleo de la palabra: "corporación" cuando disponemos del vocablo más familiar de "asociación".

Discriminamos las asociaciones según que persigan fines ideales o, por el contrario, fines económicos, como las distinguen los arts. 21 y 22 del Código alemán, para subordinar la adquisición de su personalidad jurídica al sistema del simple registro las primeras o a la concesión estatal o autorización gubernativa, las segundas. Este sistema, más conocido en Alemania, por sistema de la reglamentación legal, confiere a las entidades de fines ideales, el derecho de obtener su personalidad por su sola matrícula, pero por disposición del art. 61 del mismo Código, si es admitida la solicitud de inscripción, debe el Juzgado participarla a la autoridad administrativa competente, y puede ésta, si la asociación es ilícita, formular oposición o puede prohibirla según el Derecho público de asociaciones, o si persigue un fin político, político-social o religioso. Siendo así, al final de cuentas, el sistema no es tan liberal, como se pregona. Era preferible optar por la sola autorización gubernativa, como se ha hecho tradicional entre nosotros, por aplicación del art. 45 del C. argentino.
Tampoco es admisible la sutileza alemana al favor de la cual se han ofrecido decisiones contradictorias de los tribunales, cual es la de saber si la locución: "fines económicos" se refiere a los beneficios que retiran los miembros de la asociación individualmente, o sólo a los retirados por la asociación para sí misma, pero que indirectamente pueden aprovechar a sus miembros, como aconteció con las asociaciones llamadas de "reforma del crédito", las cuales, al mismo tiempo de promover estudios y un movimiento de reforma, sirven de agencias de información a sus miembros para la realización de sus operaciones de crédito. Las entidades de esta índole no persiguen fines lucrativos para sí mismas, no obstante lo cual sirven a los intereses económicos de sus miembros. Las dudas así suscitadas han sido eliminadas decidiéndose que aun en este último caso se reputa que la asociación persigue fines económicos.
El sistema consagrado por el art. 61 del C. C. suizo es más liberal que el alemán, en cuanto la inscripción en el Registro de Comercio de las asociaciones cuyos Estatutos han sido aprobados y cuya dirección ha sido constituida, es **facultativa**, y sólo **obligatoria** si la asociación se propone explotar una industria. La asociación puede cancelar su inscripción, sin perder su personalidad civil.

Art. 96. — Las asociaciones que no pueden adquirir la personalidad o que no han podido adquirirla, por falta de aprobación de sus estatutos por ley o por Decreto del Poder Ejecutivo, son asimiladas a simples sociedades y, como tales, no podrán accionar contra sus miembros ni contra terceros; pero éstos podrán responsabilizarla por todas sus obligaciones.

Ver: Sobre el parágrafo I) el art. 62 del C. C. suizo; 54 del C. alemán y sobre lo que sigue el art. 20 inc. 2º del C. C. del Brasil.
Si por la manifiesta ilicitud de los fines de la sociedad, le fuese negada la aprobación de sus Estatutos, carecería de existencia legal y su contrato de constitución sería nulo.

Art. 97. — Los artículos siguientes son aplicables si los estatutos no contienen las reglas concernientes a la organización de la asociación y de sus relaciones con sus miembros asociados.

Los estatutos no pueden derogar las reglas cuya aplicación tiene lugar en virtud de una disposición imperativa de la ley.

Ver: art. 63 C. C. suizo; 25 del C. alemán.

Art. 98. — El acto constitutivo y el estatuto deben contener la denominación de la asociación; la indicación de sus fines, de su patrimonio y su sede, así como las normas sobre el ordenamiento y la administración. Deben determinar también los derechos y las obligaciones de los asociados y las condiciones de su admisión; lo relativo a la extinción de la vida de la entidad y a la devolución de su patrimonio.

Toda modificación del acto constitutivo y de los estatutos debe ser aprobada por el Poder Ejecutivo.

Ver: art. 16 C. C. italiano.

Art. 99. — La dirección de la asociación estará constituida por uno o varios miembros de la entidad designados por la asamblea, la cual podrá removerlos, como también nombrar y revocar los mandatarios que, para asuntos determinados, autoricen los estatutos.

Las decisiones de la Dirección que fuere colegiada se tomarán de acuerdo con las reglas establecidas para las resoluciones de la Asamblea.

La Comisión Directiva representa a la asociación judicial y extrajudicialmente; tiene la posición jurídica de un representante legal. El ámbito de su poder de representación puede ser limitado por los estatutos con eficacia respecto a terceros.

Ver: arts. 26 y 27 C. Civil alemán; 194 Anteproyecto de Bibiloni y 85 Proyecto argentino de 1936; 19 del C. italiano; 335 C. de Comercio argentino y paraguayo.

Art. 100. — Si siendo unipersonal la dirección falleciere o desapareciere quien la ejerza, o si siendo ella colegiada faltare el número indispensa-

ble de sus miembros para la validez de sus decisiones, y fuere urgente la provisión de su acefalía o su integración, según el caso, podrá, a requerimiento de un interesado, el juez del domicilio de la asociación, nombrar uno o más asociados para llenar las vacancias, pero sólo por el tiempo necesario para que ellas sean provistas por decisión de una asamblea, de conformidad con los estatutos. Si no hubiere asociados a quienes confiar la dirección, podrá el Juez nombrar a un extraño elegido entre personas destacadas por su honorabilidad.

Ver: art. 29 C. C. alemán; 195 Anteproyecto de Bibiloni; 85 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 101. — Puede establecerse por los estatutos que, junto a la comisión directiva, actúen representantes especiales para determinados asuntos o para los asuntos y negocios jurídicos de una o más sucursales acreditadas dentro o fuera de la República, caso en los cuales los poderes de representación de aquéllos se extenderán, en caso de duda, a todos los negocios que se relacionen con el asunto o la sucursal que les sea confiado.

Los representantes así regularmente designados y nombrados, comprometerán la responsabilidad de la asociación bajo las mismas condiciones que la comisión directiva y en los mismos términos del art. 80.

Ver: art. 30 C. C. alemán.

Art. 102. — La asamblea general es la autoridad suprema de la asociación. Ella es convocada por la dirección en los casos y tiempos determinados por los estatutos, o cuando la solución de asuntos urgentes de su competencia lo exija, o a petición escrita del número de asociados autorizados al efecto por los estatutos. La convocación se hará siempre con indicación del o de los asuntos, y éstos serán resueltos por simple mayoría de votos, para lo cual se reconoce a cada asociado un derecho igual.

Si la directiva denegare la petición de convocatoria formulada por el número estatutario de asociados, podrán éstos impetrar la autorización del Juez, quien designará la persona que haya de presidir la asamblea.

Ver: Arts. 64 C. C. suizo; 32 del C. alemán; arts. 196 y 197 Anteproyecto de Bibiloni y 86 del Proyecto argentino de 1936 y 20 del C. italiano.
Nos apartamos de estos antecedentes en la determinación del número de asociados con facultad de pedir, en defecto de la directiva, la convocación de una asamblea extraordinaria. El art. 64 del C. suizo lo fija en la quinta parte de ellos. El art. 20 del C. italiano, en la décima parte. El Art. 197 del Anteproyecto de Bibiloni y el 86 del Proyecto de 1936, en la quinta parte. La cantidad establecida por ley es, por lo que se ve, arbitraria. Mejor es dejar este asunto a la decisión de los Estatutos, ley privada de la asociación.

Art. 103. — El quorum legal para que la Comisión Directiva, si es pluripersonal, o la asamblea tome acuerdos, es de la mitad más uno de sus miembros. No reuniéndose este número a la primera convocatoria, se les citará por segunda vez bajo apercibimiento de realizarse la reunión con el tercio de la directiva o de los miembros de la asociación.

Toda modificación de los estatutos y todo acuerdo sobre disolución y devolución del patrimonio se condiciona a la concurrencia de los tres cuartos de los asociados favorables; y el cambio de objeto o fines de la asociación al concurso o asistencia de la totalidad de sus miembros. Ninguna modificación del acto constitutivo o de los estatutos será válida sin su aprobación por el Poder Ejecutivo.

Los asociados no presentes podrán votar por carta dirigida al presidente de la asamblea, pero la decisión de todos resuelta fuera de una asamblea, aún expresada por escrito, no valdrá.

Ver: art. 32 y 33 del Código alemán; 198 del Anteproyecto de Bibiloni; 87 del Proyecto argentino de 1936 y 21 del C. italiano.
También en este punto nos apartamos de estos antecedentes, sobre todo de lo preceptuado por el art. 32 in fine del C. alemán según el cual "aun sin Junta (asamblea) de los miembros es válido un acuerdo, si todos los miembros manifiestan por escrito su conformidad con él", porque al eludir la confrontación de las ideas

en una reunión puede, al favor de maquinaciones o artificios de captación, lograrse lo que por la naturaleza del asunto, expuesta a discusión y exámenes minuciosos y menudas investigaciones, no se lograría en una asamblea, y además porque careciendo los latinos de la disciplina social de la raza germana, no estamos habituados a inclinarnos fácilmente a meros actos de adhesión.

Art. 104. — En las deliberaciones de aprobación del balance y en las que se refiere a su responsabilidad, los miembros de la comisión directiva no tienen voto. Tampoco lo tendrán en el acuerdo referente a la celebración de un negocio jurídico con uno o más de ellos, o a la iniciación o finiquito de un litigio con cualquiera de ellos.

Ver: art. 21 In fine del C. Italiano; 34 del C. alemán. Este último reproduce el principio de su art. 181, según el cual: **"Un representante no puede, en tanto que otra cosa no le esté permitida, celebrar en nombre del representado consigo mismo en proplo nombre o como representante de un tercero un negocio jurídico, a no ser que el negocio jurídico consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación"**. Análoga disposición es la del art. 338 inc. 2º de nuestro Código de Comercio.
Explícase así que estas normas hayan sido trasegadas al art. 199 del Anteproyecto de Bibiloni y 88 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 105. — Será derecho implícito de todo asociado a retirarse de la asociación en el tiempo y bajo las condiciones que para ello establezcan los estatutos, con pérdida a todo derecho al haber social y obligación de abonar su parte de cotización durante el tiempo en que fue asociado.

Ver: art. 39 C. alemán; 73 del C. C. suizo y 24 In fine del C. italiano; 201 del Anteproyecto de Bibiloni y 89 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 106. — La exclusión de un asociado no puede ser acordada por la asamblea mas que por graves motivos y en juicio breve y sumario en el que se le ofrecerá ocasión de defenderse. De otro modo, su exclusión no valdrá. El excluído puede recurrir a la autoridad judicial dentro de los seis meses a contar desde el día en que se le hizo saber la deliberación.

Ver: art. 24 inc. 3º C. italiano.

Art. 107. — La calidad de asociado de las asociaciones de fines ideales es estrictamente personal y no puede ser objeto de representación, especialmente en lo que concierne al derecho al voto. Tampoco es cesible ni transmisible por herencia.

Ver: art. 38 C. C. alemán, el cual no distingue las asociaciones, como nuestro art. 94, entre las de fines ideales y las de fines económicos, razón por la cual sus glosadores franceses: Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y Saleilles, impugnan por ilógico que el derecho particular de cada asociado, sea que se le considere como un verdadero derecho subjetivo o como simple situación jurídica, conduzca necesariamente a su incesibilidad e intransmisibilidad por causa de muerte. Admiten empero esta limitación de dicho derecho a solo la de los socios de asociaciones de fines ideales (ver autores y opus cits. t. I, art. 38, pág. 34). Nosotros juzgamos acertada esta observación, razón por lo cual nos apartamos del art. 202 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 108. — Las deliberaciones de la asamblea contrarias a la ley, al acto constitutivo o a los estatutos pueden ser anuladas a instancia de la directiva, de cualquier asociado o del Ministerio Público.

La anulación de la deliberación no perjudicará los derechos adquiridos por los terceros de buena fe sobre la base de actos realizados en ejecución de dicha deliberación.

El Juez, oídos los directores o administradores de la asociación, puede suspender, a instancia de quien propuso la impugnación, la ejecución de la deliberación impugnada, cuando existan graves motivos. El auto de suspensión debe ser fundado en ley y notificado a los administradores.

La ejecución de las deliberaciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres podrá ser suspendida por Decreto del Poder Ejecutivo.

Ver: Art. 75 C. C. suizo; 23 C. Civil italiano; 203 del Anteproyecto de Bibiloni y 89 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 109. — La sede de las asociaciones autorizadas por las leyes o por el Poder Ejecutivo, es el lugar donde su dirección o administración prin-

cipal tiene su asiento, si en sus estatutos o en la autorización que se les dió, no hubiesen fijado domicilio.

Las asociaciones extranjeras que funcionen en la República tendrán su domicilio en el lugar donde hayan habilitado su sucursal.

Ver: art. 303 del Esboco de T. de Freitas; 44 del Código argentino y art. 90 inc. 4º del mismo cuerpo legal; 187 del Anteproyecto de Bibiloni y 78 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 110. — Comienza la existencia de las asociaciones con el caracter de persona jurídica desde el día en que fueren autorizadas por la ley o por el Poder Ejecutivo, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados, en la parte religiosa.

Ver: art. 305 del Esboco de T. de Freitas; 45 del C. argentino; 188 del Anteproyecto de Bibiloni y 78 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 111. — Termina la existencia de las asociaciones con el carácter de personas jurídicas:

1º) Por su disolución en virtud del acuerdo de la asamblea reunida con el **quorum** establecido en el art. 90, aprobada por el Poder Ejecutivo;

2º) Por su disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus asociados, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones de las condiciones o cláusulas de la autorización legal, o porque sea imposible el cumplimiento de sus fines estatutarios o porque estos fines hayan sido totalmente alcanzados, o porque todos los asociados han llegado a faltar, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;

3º) Por insuficiencia o conclusión de los bienes que constituyen su activo o por el auto declarativo del concurso.

Ver: art. 312 del Esboço de T. de Freitas; 48 del C. argentino; 204 del Anteproyecto de Bibiloni; 27 del C. italiano; 76 y 77 del C. suizo; 41, 42 y 43 del C. alemán

Art. 112. — La disolución de la asociación por fallecimiento de todos sus asociados, no autoriza ni su integración, ni la transformación de sus fines sociales, por decisión de los poderes públicos.

Ver en contra: art. 313 del Esboço de T. de Freitas; 49 del Código argentino y 91 del Proyecto argentino de 1936. Si la autorización para funcionar con aprobación de los estatutos es un derecho excepcional conferido al Poder Ejecutivo o al legislador, por razones de policía, mal se puede admitir la ingerencia de los Poderes públicos en un asunto netamente privado, como es la extinción de un ente moral por fallecimiento de todos sus miembros, al punto de autorizarle a proveer la forma de integrarlo. Tal es la razón por la cual el art. 74 del C. C. suizo prohibe a la autoridad la imposición a los asociados de un cambio o transformación del fin social.

Art. 113. — Desde el momento en que la decisión gubernativa por la cual se haya declarado la extinción de la persona jurídica sea notificada a sus directores o administradores, no podrán éstos llevar a cabo nuevas operaciones sin contraer responsabilidad personal y solidaria.

Ver: art. 29 del C. italiano.

Art. 114. — Notificada que sea a los directores o administradores la ley o el decreto por el cual se dispusiere la extinción de la persona jurídica, procederán aquéllos a la liquidación y adjudicación de sus bienes con arreglo a lo dispuesto en sus estatutos, y si nada se hubiere preceptuado en éstos, se los considerará vacantes y aplicados a los fines prescriptos por la ley, salvo todo perjuicio a tercero y a los asociados existentes.

Ver: art. 314 del Esboço de T. de Freistas; 50 C. argentino; 206 del Anteproyecto de Bibiloni; 92 del Proyecto argentino de 1936 y 30 y 31 del C. italiano.

Art. 115. — Los acreedores que durante la liquidación no hayan hecho valer su crédito, podrán pedir el pago a aquellos a quienes los bienes hubieren sido adjudicados, dentro del año del cierre de la liquidación, en proporción y dentro de los límites de lo que hayan recibido.

Ver: art. 31 in fine del C. italiano.

CAPITULO III

De las Asociaciones sin Personería Jurídica

Art. 116. — Las asociaciones de fines ideales, como las asociaciones políticas, religiosas, científicas, literarias, artísticas, de beneficencia, de recreo u otras de la misma índole, que no hayan obtenido personería jurídica, serán regidas por las leyes del contrato en general y especial, y subsidiariamente, por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.

En razón del acto jurídico cumplido por el presidente u otro que invista la representación de la asociación respecto de terceros, la responsabilidad por las deudas contraídas recaerá exclusivamente sobre el autor del acto si al contratar hubiere excluido todo vínculo con la asociación, siquiera al hacerlo hubiere obrado en interés de ella; y por el contrario, recaerá directa e inmediatamente, sobre el patrimonio de la asociación, si el autor del acto hubiere actuado en nombre y representación de ella, salvo que haya asumido por sí la deuda, garantizándola.

Ver: Art. 308 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 46 del C. argentino; 221 del Anteproyecto de Bibiloni; 101 del Proyecto argentino de 1936; 83 de este Código; 20 inc. 2º del C. del Brasil. En contra de lo que se preceptúa en nuestro art. 116 sobre la responsabilidad patrimonial por las deudas contraídas en interés de la asociación: arts. 54 del C. alemán; 62 del C. C. suizo y 38 del C. italiano, según los cuales, el autor del acto es siempre personalmente responsable, y si son dos o más los autores del acto, serán solidariamente responsables.

Está en la tradición de nuestro derecho que los socios no están solidariamente obligados por las deudas sociales, y que las obligaciones contratadas por uno de ellos, en virtud de un poder suficiente, hacen a cada uno de los socios responsables por una porción viril, y sólo en esta proporción, aunque sus partes en la sociedad sean desiguales, y aunque en el contrato de sociedad se haya estipulado el pago por cuotas desiguales, y aunque se pruebe que el acreedor conocía tal estipulación, como lo estatuye el art. 1747 del C. argentino. Otro es el sistema de los códigos alemán, suizo e italiano al imponer en todos los casos una garantía legal a cargo del que obra por la asociación, constituyéndole en deudor personal, y si son dos o más los autores del acto, como coobligados solidariamente. Tales extremos son propios de la doctrina alemana que equipara las asociaciones no reconocidas a las personas jurídicas, tendencia de Ferrara tiene por errónea, tanto por lo menos como la propugnada antiguamente por la doctrina francesa, que negaba el derecho a la vida a las asociaciones no reconocidas (ver autor y opus cits. Nº 145, pág. 948).

Para comprender nuestro art. 116 se ha de tener presente cuán forzada es la equiparación de la asociación sin personería jurídica a la sociedad. Luego de minucioso examen de las diferencias que las separa, concluye Ferrara que "jurídicamente la asociación no reconocida es siempre una pluralidad de sujetos en comunión de derechos" (opus cit. pág. 954), por donde viene lo preceptuado por el art. 20 inc. 2º del C. del Brasil, trasegado al art. 83 de este Código, según el cual **no puede ella accionar ni contra sus miembros, ni contra tercero.** En perfecta contradicción con esta decisión, tanto Bibiloni (art. 223 inc. 1º de su Anteproyecto), como el Proyecto argentino de 1936 (art. 103 inc. 1º), confieren a las asociaciones no reconocidas el derecho de **"estar en juicio como actora o demandada"**, sin otros requisitos que su constitución por escritura pública y su inscripción en el registro respectivo. La concesión del derecho de accionar en juicio a las sociedades sin personería jurídica las asimila a las asociaciones con personería, al punto de no diferenciarlas por este atributo de su capacidad de obrar por medio de sus autoridades estatutarias.

Nos apartamos de los requisitos formales a que Bibiloni y el Proyecto de 1936 subordinan la concesión de derechos subjetivos a las asociaciones sin personería jurídica, como la necesidad del otorgamiento de su acto constitutivo y de sus estatutos en escritura pública, pues, como enseña Ferrara "no se exige ninguna forma para la constitución, y, aun cuando sea común la forma escrita, no es excluída una convención verbal o resultante de una observancia de los asociados **rebus ipsis**" (opus cit. pág. 148). Así lo estatuye el art. 1662 del C. argentino respecto del contrato de sociedad. El requisito de la inscripción es sin duda necesario para publicar el acto respecto de terceros, por lo que la admitimos.

En los artículos que siguen podrá verse la caracterización con que este Código determina las cualidades peculiares de los entes sin personería jurídica.

Art. 117. — Las asociaciones a que se refiere el artículo anterior, podrán gozar de los derechos conferidos en los art. 118 y siguientes, sin otros requisitos:

1º) que el acto constitutivo y los estatutos revistan la forma escrita, contentiva de las cláusulas contractuales reguladoras de nombre, objeto y modo de la existencia de la asociación, la admisión de socios, la administración, las obligaciones de los socios respecto de la asociación y de terceros, de los derechos y obligaciones de los socios entre sí, derechos y obligaciones de los socios respecto de terceros, disolución y liquidación de la sociedad y destino de los bienes sociales; y

2º) su inscripción en el Registro creado por este Código para las personas jurídicas y asociaciones.

Ver: arts. 1648 a 1788 C. Civil argentino; 222 Anteproyecto de Bibiloni; 102 del Proyecto argentino de 1936; 16 inc. 1) del C. C. del Brasil; 21 del C. alemán; 60 y 61 del C. C. suizo.

Art. 118. — Toda asociación regularmente inscripta puede estar en juicio en calidad de actora o demandada por intermedio de la persona a quien, por acuerdo de sus asociados, esté conferida la presidencia o la dirección.

El director o presidente es un mandatario, y las relaciones internas o externas que se desarrollen por su acción, se determinarán por las reglas del mandato.

Ver: art. 36 inc. 2º C. italiano; 20 inc. 2º C. C. del Brasil; 223 Anteproyecto de Bibiloni; 103 del Proyecto argentino de 1936; Bevilaqua, Commentario, t. I, Nº 6, pág. 221; y Ferrara, opus cit. pág. 958

Art. 119. — Las aportaciones de los asociados y los bienes adquiridos con estos recursos constituyen el fondo común de la asociación. Mientras ésta dure, los asociados singulares no podrán pedir su división, ni pretender el reembolso de lo que hubieren aportado en concepto de cuota en caso de separación, sea por baja voluntaria o por expulsión, ni cuota alguna sobre el patrimonio social.

Ver: art. 37 C. italiano; 73 del C. C. suizo; Ferrara, opus cit. Nº 148, pág. 956; y Messineo, opus cit. t. II, Nº 2, pág. 185. La razón que estas autoridades dan de esta norma es que formándose el fondo común con las contribuciones de los asociados y los bienes con ellas adquiridos, constituye la garantía común de los acreedores, quienes satisfarán lo que se les debe por acción ejercida sobre dichos fondos. El patrimonio social destinado a la realización del fin estatutario, perdura no obstante el cambio de los particulares asociados, los cuales, aun siendo copropietarios del patrimonio social, no pueden repetir, ni por ellos, ni por sus herederos, en caso de perder su calidad de socios antes de la disolución de la asociación.

Art. 120. — Los organizadores y quienes asumen la gestión de los fondos recaudados son responsables personal y solidariamente de la conservación de los fondos y de su aplicación a la finalidad enunciada.

Ver: art. 40 C. C. italiano. Explicando este precepto, enseña Messineo que la relación que se da entre los promotores es una relación jurídica asociativa (cooperación en relación a un fin); de la cual, sin embargo, por lo general, escapa la participación de los componentes en el resultado; y escapa, además, la satisfacción de intereses propios de los componentes del comité, siendo característico que los medios para la obtención del fin provengan, sobre todo, de personas que no sean componentes del comité.
La finalidad que puede proponerse — agrega, es diversa. Por vía de ejemplos se enuncian con frecuencia la ayuda a perjudicados por calamidades públicas, obras de beneficencia; organización de exposiciones o de muestras; preparación de festejos; conmemoraciones u homenajes; competiciones deportivas; espectáculos o conciertos, cursos de cultura o congresos, y si el comité organizador es político podría promover cualquier acto lícito con fines de propaganda electoral. (ver Messineo, opus cit. t. II, pág. 189).

Art. 121. — Toda asociación sin personería jurídica pero debidamente inscripta tendrá además los siguientes derechos:

1.—Percibir las cuotas fijas e iguales de sus asociados, sin perjuicio de las contribuciones voluntarias que quieran hacerle;

2.—Tomar dinero de prestado para los fines de su institución y con la garantía de su fondo común, o la solidaria de su presidente o administrador;

3.—Aceptar las liberalidades testamentarias hechas con el fin de que requieran el reconocimiento de su personería jurídica y la competente autorización.

Ver: art. 223 Anteproyecto de Bibiloni y 103 del Proyecto argentino de 1936 de los que no podríamos traer a este Código lo estatuido en sus incisos b) y c) del primero y 3º del segundo, por los cuales se confiere a las entidades no personificadas el derecho de adquirir inmuebles destinados a servirles de local o al objeto de la asociación, porque destituidas de capacidad desde el punto de vista del Derecho privado, no podrían inscribir el título del inmueble en el Registro de la Propiedad, tal como los traductores franceses del Código alemán: Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y Saleilles lo explican en su apostilla al art. 54 de dicho Código (ver opus cit. t. I, pág. 48).
Materia es ésta que en algunos códigos, como el italiano, se ofrecen la prohibición de adquirir bienes inmuebles y la de aceptar donaciones o herencias, sin obtener previamente la autorización gubernativa (art. -17), no ya a las asociaciones sin personería jurídica, sino a las asociaciones y fundaciones con personería, no por falta de capacidad, sino para impedir la inmovilización de los bienes en las manos de las personas jurídicas (la llamada mano muerta; o sea, bienes en los que se determina un vínculo de inalienabilidad perpetua). En cambio, la autorización gubernativa no es necesaria para las enajenaciones, lo que sería necesario, si la persona jurídica fuese incapaz (ver Messineo, opus cit. t. II, pág. 168).
El inc. 3º de nuestro artículo es coherente con lo preceptuado por el art. 3735 del C. argentino concordante con el 1806 del mismo cuerpo legal.

Art. 122. — Si los fondos recogidos fueren insuficientes para lograr los

fines de la asociación, o si ésta no se realizare, o si alcanzada la finalidad quedare un resto de los fondos acopiados, el presidente o director pedirá al Poder Ejecutivo para que decida el destino que haya de dárseles, si en el acto constitutivo o en los Estatutos no se hubiere previsto el destino que en tales casos se les daría.

CAPITULO IV

De las fundaciones

Art. 123. — Tiene lugar la fundación, con carácter de persona jurídica, por la voluntad unilateral expresada en escritura pública o en testamento del instituyente de asignar a perpetuidad una suma de dinero o bienes libres en plena propiedad para la realización del fin a que los destina conforme con sus disposiciones relativas al gobierno y funcionamiento del ente así creado, con aprobación de la ley o del Poder Ejecutivo.

Ver: art. 81 C. C. suizo; 80 del C. alemán; 14 del C. italiano; 19 del venezolano; 64 a 66 del C. C. peruano Bien dice Clovis Bevilaqua al pie del art 24 del C. brasileño: "Fundación es una universalidad de bienes personificada, en atención al fin que le confiere unidad", o como se lee en la Teoría General, es "un patrimonio transfigurado por la idea, que es puesto al servicio de un fin determinado" (Ver autor cit. Commentarios, t. I, pág. 231). La concepción de la fundación, como persona jurídica, es del Derecho moderno. Savigny historió sus pañales en el parágrafo 89 de su **Sistema del Derecho Romano Actual**, t. I, pág. 73; de la versión castellana de Mesía y Poley. Distinguiendo él allí las dos categorías de personas morales: las **corporaciones** (a las que en este Código llamamos "asociaciones con personería jurídica"), constituidas por un cierto grupo de personas, y las **fundaciones**, en las cuales la persona jurídica no tiene apariencia visible, es más ideal y reposa sobre un fin general que les es asignado, de suerte que, siendo así, son ellas abstracciones personificadas, una obra humanitaria que debe cumplirse en cierto lugar y por medios determinados.
Para Michoud, la fundación, como la corporación, tiene por substrato un grupo humano: para ella, ese grupo es el de los destinatarios, es decir aquéllos en cuyo beneficio el instituyente asignó una parte de sus bienes, sin que con esto pueda decirse que dichos beneficiarios sean propietarios del patrimonio de la fundación, como tampoco los miembros de una corporación o asociación con personería jurídica, son propietarios del patrimonio de la entidad moral. (ver autor cit. **La Théorie de la Personnalité Morale**, t. I, Nº 76, pág. 203 y ss).
No otras son las conclusiones de Saleilles a este propósito. "Suponed — dice él a su auditorio — que el instituyente abandone su propiedad para hacer de ella un establecimiento, una institución autónoma, que no dependa más de él, ni de ningún otro propietario, de tal suerte que sea el propio establecimiento el que sea considerado propietario de los bienes que lo constituyen, daremos en tal caso con un fenómeno jurídico completamente nuevo, es decir de una forma de propiedad que, jurídicamente, no se parece a ninguna de las variantes de la propiedad individual. En este caso, los fondos así constituidos serán administrados por gerentes, pero estos gerentes no serán asociados a quienes pertenezcan dichos fondos. Y como ellos no administran para sí mismos, tampoco administran para un individuo, ni para una asociación que sea propietaria, sino en beneficio de la fundación, es decir, para la realización de la afectación y del fin estatutario. En realidad, cuando la fundación tiene por objeto ciertos intereses especializados de beneficiarios indeterminados, como en el caso de un hospital o de una escuela, ellos administran en el interés de esos beneficiarios, para realizar en su provecho el beneficio especial que el fundador ha querido realizar. (ver autor cit. **De la Personnalité Juridique**, pág. 122, 2ª. edición).
Con estos antecedentes puede comprenderse lo que Saleilles dice a propósito del elemento capital de la fundación, de su condición primera, y es que la fundación debe implicar, no sólo una afectación sino una afectación que sea, si es permitido decir, la modalidad misma de la propiedad, y como la constitución de la propiedad. (opus cit. pág. 119).
Bueno es tener en cuenta que tanto Michoud, como Saleilles, son doctrinadores modernísimos, harto influidos por la concepción germana, pues, por regla general, tanto la doctrina francesa como la italiana ignoran según Ferrara, y aun rechazan con mucho calor la figura de la fundación autónoma, esto es, la fundación persona jurídica, tratando exclusivamente de la fundación indirecta o fiduciaria, bajo forma de dotación o legado a persona física o moral para la realización del fin, y dado este punto de vista, se puede comprender cómo los escritores definen el negocio desde el punto de vista patrimonial, ora como donación con carga perpetua, ora como depósito de capital unido a un mandato de emplear sus rentas, ora como una enajenación bajo condición resolutoria y en ciertas especies de fundaciones, precisamente como contrato oneroso. La cuestión, sin embargo, es mal comprendida cuando se habla de la posibilidad de una fundación testamentaria, cuestión a la que generalmente se da una solución negativa, pero la discusión versa sobre si se puede instituir heredero o legatario a un ente que no ha surgido todavía, y como se ve está mal puesta" (ver autor y opus cits. pág. 731, versión castellana).
Mas la doctrina y la jurisprudencia francesas de consuno convienen en que la dificultad práctica que por aplicación del Código de Napoleón impedía realizar de una manera directa una fundación mediante un legado sub modo o con carga, puede superarse realizándola por un rodeo, consistente en lo mismo que estatuye el art. 3735 del Código argentino, o sea en validar la sucesión deferida o el legado que se haga a una corporación (asociación) que no tenga el carácter de persona jurídica, si se la hace "con el fin de fundarla y requerir después la competente autorización" (ver Planiol, **Traité Elémentaire de Droit Civil**, t. I, Nº 3030, pág. 995 y t. III, Nº 3334, pág. 913; Trasbot, in Planiol y Ripert, t. V, Nos. 915 a 920, pág. 970 y ss.; Josserand, **Cours de Droit Civil Positif Français**, t. III, Nº 1907, pág. 976; Colin in Baudry-Lacantinerie, t. I, Nº 349, pág. 163).
No ha de creerse, empero, que este rodeo a que los juristas franceses han debido recurrir para superar dificultades prácticas derivadas del Código de Napoleón, sea exclusivo de ellos, pues, estatuyéndose por el art. 83 del C. alemán que la fundación puede hacerse por una disposición por causa de muerte, ya en virtud de instituir heredero a la fundación que se ha de erigir (incluyendo la institución de coheredero, heredero fiduciario o heredero fideicomisario), ya por virtud de legado, que también es eficaz si es un modo (**Auflage**) por el cual se obligue al heredero (o a un legatario) a erigir la fundación, juzga Enneccerus superada la vieja cuestión que también en la Alemania se había suscitado sobre si cabe constituir una fundación por acto de última voluntad. (ver autor y opus cit. t. I, parágrafo 110 — Iv, b), pág. 524).
El negocio fundacional es así un acto jurídico unilateral otorgado por una persona capaz de hacer liberalidades

y formalizado en escritura pública por el que, con mira a la realización futura de una obra, pía o de cultura u otro fin desinteresado, crea un ente moral al que le asigna a perpetuidad un patrimonio separado del suyo, destinado a la consecución de dicho fin y confiado en su administración a un órgano por él elegido para que ciñéndose a las normas estatutarias dictadas en el mismo acto invierta la renta del patrimonio asignádole a favor de sus beneficiarios aunque éstos sean indeterminados, previa aprobación de la Ley o del Poder Ejecutivo. Es esta aprobación la que confiere capacidad civil a la fundación.

Art. 124. — El instituyente podrá revocar el acto de fundación otorgado entre vivos hasta el momento de su aprobación por el Estado. Si ésta ha sido pedida a la autoridad competente, sólo a dicha autoridad podra declararse la revocación. El heredero del fundador no estará autorizado a revocar la fundación, si éste pidió su aprobación, sea por sí mismo o por conducto del Escribano que autorizó el acto.

Ver: arts. 81 del C. alemán y 81 del C.C. suizo; 15 del C. italiano; 65 y 66 del C. peruano; 200 del Anteproyecto de Bibiloni y 94 del Proyecto argentino de 1936.
Sólo por aprobación del Estado puede la fundación adquirir derechos y contraer obligaciones por el órgano de sus administradores, como persona jurídica. Siendo ella un acto unilateral, no subordinado en su perfección a una voluntad recepticia, es revocable en tanto el Estado no la haya aprobado y siempre que el propio instituyente, por sí ó por medio del Escribano autorizante, le haya hecho saber su decisión de revocarla.
Si el reconocimiento del Estado le es negado, queda sin efecto el acto de fundación, de suerte que los bienes asignados por el instituyente quedan en el patrimonio de él, y en caso de muerte, entran en la masa hereditaria.
El reconocimiento o aprobación del Estado no produce efectos retroactivos a la fecha del acto de fundación. Desde entonces adquiere ipso iure, sin necesidad de aceptación, el título a los bienes asignados por el instituyente. En esto va su diferencia de la donación, a la cual, muchos, han querido asimilarla, sin advertir que la donación no se perfecciona sin la aceptación del donatario. Desde otros respectos, la fundación ofrece analogías con el testamento, con el fideicomiso y con actos de soberanía pública, sin ser lo uno ni lo otro. También se la ha comparado con la persona por nacer, que por estar concebida en el seno materno, es protegida por la ley con la concesión de una capacidad para adquirir bienes por donación o herencia, pero resoluble si nace muera. No puede negarse esta analogía, dice Pacchioni (**Elementi di Diritto Civile**, Nº 133, pág. 175 y Saredo, **La Fondazione testamentaria del corpi morali**, citado por Ferrera in opus cit. pág. 738). Niega Ferrara que la fundación hecha por testamento sea una institución de heredero o un legado, cuando el ente no existe, como ocurrió en Alemania con el famoso testamento de Federico Stadel, así concebido: "Mi **colección de cuadros, bronces, manuscritos y objetos de arte deben servir de base a una institución artística que para mayor decoro de mi ciudad natal quiero fundar en este acto, y que llevará mi nombre. Este instituto Stadel, es instituido por mi heredero universal**". Discutida la validez de esta disposición testamentaria por los más autorizados juristas, fue validada por los tribunales. La fundación Stadel existe. Mas la doctrina se niega a asimilar la fundación a una institución de heredero, inexistente al tiempo de la muerte del testador, no obstante lo cual, el propio Ferrara admite la representación del ente futuro, aun antes de que intervenga el decreto de erección, de suerte que en el tiempo intermedio pueda el presidente o el administrador nombrado por el testador comparecer en juicio, ya como actor, ya como demandado, en interés del ente por nacer. Pueden hacer —agrega— todos los actos de conservación enderezados a tutelar sus derechos. y los efectos de tales actos negociales o judiciales, recaen sobre el nuevo sujeto, una vez constituido legalmente. (opus cit. pág. 742). Es la doctrina de la hereditas iacen del Derecho romano.
En Suiza no se requiere la aprobación de la fundación por el Estado. Basta su inscripción en el Registro Público de Comercio para que el ente adquiera su capacidad jurídica, hecha por el propio fundador si la asignación del patrimonio se hizo por actos entre vivos, o por su albacea si la fundación se hizo por disposición testamentaria (art. 81 C. C. suizo).
En la redacción del art. 123 de este Código optamos por la del art. 81 del Código alemán. Nos apartamos así de los artículos 209 del Anteproyecto de Bibiloni y del 94 del Proyecto argentino de 1946, porque admiten que la fundación pueda hacerse en forma de donación, lo que no es posible.

Art. 125. — Si el instituyente no pidió la aprobación de su fundación, y falleciere antes de ser aprobada, podrán sus herederos perjudicados en su legítima revocar la fundación o limitar su pretensión a la reducción de su liberalidad testamentaria a los términos debidos, sin perjuicio de los acreedores del fundador que podrán atacarla, si procediese, por la acción pauliana o revocatoria.

Ver: art. 82 C.C. suizo; 210 del Anteproyecto de Bibiloni. Mientras la autorización gubernativa del acto fundacional no tenga lugar, subsistirá como mera declaración de voluntad del instituyente, pero la fundación no será creada (Bnfnoir, Challamel, Drioux, Géney, etc., **in Code Civil Allemand**, t. I, nota III al art. 81, pág. 66; Ferrara, opus cit. pág. 741).
Explícase así que falleciendo él en el tiempo intermedio antes de la aprobación del acto por el Estado, se abra su sucesión o testamentaría y que siendo perjudicados sus herederos forzosos en su legítima, si la fundación se hizo por testamento, demanden su reducción a los términos debidos, siempre, se entiende, que el testador no haya pedido la aprobación de su fundación; y que si la disposición fuese hecha en fraude de sus acreedores puedan éstos atacarla por la acción pauliana o revocatoria, si concurren en el caso los requisitos legales a que el ejercicio de esta acción se subordina.

Art. 126. — Aprobada la fundación debe el instituyente transferir a los órganos de la fundación la propiedad y posesión de los bienes que asignó a sus fines, si otra intención del fundador no resultare del acto mismo.

Cuando la fundación no es aprobada sino después del fallecimiento del instituyente, ella será reputada, en relación a las disposiciones del fundador, haber existido antes de su muerte.

Ver: sobre el parágrafo 1º los arts. 81 del C. alemán, 211 del Anteproyecto de Bibiloni y 96 del Proyecto argentino de 1936.

Sobre el inc. 2º, ver art. 83 C.C. alemán; 212 del Anteproyecto y 96 del Proyecto de la Comisión.
La razón que se da de este último parágrafo es, que de abrirse la sucesión o testamentaría del instituyente antes de la aprobación del acto fundacional, mal podría la fundación sucederle o sea adquirir los bienes por él asignados a los fines de su institución, si el ente moral no existiese antes de su fallecimiento, lo cual se admite así por mera ficción de la ley. Trátase de una retroactividad limitada a sólo las disposiciones del fundador, como reza el texto del art. 83 del C. alemán, que bien podría asimilarse a los efectos del reconocimiento estatuido por el art. 3735 del C. argentino.
Por aplicación del art. 1201 del Código alemán, su art. 84 no queda derogado ni aun en el caso de que el instituyente hubiese testado en favor de un no concebido, como se lo admite por el mismo Código, a fin de evitar que la fundación sea considerada, en caso de duda, como heredero sucesivo.
La cita por Bibiloni del art. 47 del Código de Vélez Sarsfield al pie del art. 212 de su Anteproyecto, evidencia que por este esbozo quiso él aplicar a la retroactividad de la aprobación gubernamental la amplitud estatuida por aquel precepto, sin tener en cuenta que la fundación no es ni puede ser igual en su estructura y sus efectos a las corporaciones o asociaciones civiles de Derecho Privado que tienen por substrato un grupo de personas físicas determinadas y libremente asociadas, expuestas a hacer gastos con recursos propios para formalizar y obtener la aprobación gubernativa, pero que una vez obtenida, quedan convalidados como si hubiesen sido hechos por la propia corporación, sin perjuicio de los terceros de buena fe que, estipulando de los fundadores el pago de su obligación sobre la base de su responsabilidad personal, no podrían ser excepcionados con el argumento del art. 39 del mismo Código, tal como puede verse en Busso, Código Civil Anotado, t. I, Nº 6, pág. 490, y Salvat, Parte General, Nº 1275, pág. 771, 9ª edición actualizada por Víctor Romero del Prado.

Art. 127. — Si la fundación consistiere en disposiciones testamentarias, corresponderá a su albacea o a su heredero pedir la aprobación de ella, y si ni uno ni otro la pidiere, deberá pedirla el Juez de la testamentaría.

Ver: art. 84 del C. alemán; 214 del Anteproyecto de Bibiloni; 25 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 128. — La constitución y erección de las fundaciones creadas directamente por ley con carácter de persona jurídica son congénitas y tienen lugar por virtud del acto legislativo de su creación.

Tendrá lugar el reconocimiento por disposición normativa si habiendo el Estado declarado por ley que reconoce de una vez para siempre como personas jurídicas aquellas fundaciones que se constituyan o hayan de constituirse, conformando sus Estatutos a un contenido típico indicado, justificaren ante el Poder Ejecutivo haberse cumplido la condición a que la obtención de la personalidad está subordinada, y el Poder Ejecutivo declarare que estas condiciones se hallan cumplidas.

Ver: Ferrara, opus cit. pág. 750 y ss.

Art. 129. — Las fundaciones creadas por voluntad de los particulares tendrán los órganos de dirección y administración establecidos por el instituyente y contendrán en el acto de fundación las normas rectoras de su funcionamiento. Si por omisión del instituyente faltasen estos requisitos, los establecerá el Poder Ejecutivo de acuerdo con el fin perseguido por el fundador, cuidando de hacerlo lo más fielmente conforme con sus intenciones.

Ver: art. 83 C.C. suizo; 85 del C. alemán; 16 inc. 1º del C. italiano; 216 del Anteproyecto de Bibiloni y 97 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 130. — Cuando por insuficiencia de los bienes asignados por el instituyente o por otra dificultad insuperable no pudiese funcionar la fundación se procederá de acuerdo con el acto de fundación, y en defecto de indicaciones precisas o este respecto, dispondrá el Poder Ejecutivo la entrega de dichos bienes a otra fundación o corporación que por sus fines estatutarios sea la más semejante al expresado por el fundador.

Ver: art. 83 inc. 3º C.C. suizo; 87 del C. alemán; 217 del Anteproyecto de Bibiloni; 99 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 131. — Cuando por razones de orden público conviniese modificar la constitución estatutaria de la fundación a fin de cambiar el fin en consideración al cual asignó fondos el instituyente, oída que sea la dirección de la fundación, y atento a la fiel interpretación de la intención del fundador, podrá el Poder Ejecutivo disponer que las rentas del capital sean atribuidas a la categoría de personas a las cuales debían beneficiar.

Ver: art. 87 segunda parte del C.C. alemán; art. 220 Anteproyecto de Bibiloni y 87 del C.C. suizo; 30 del C. Civil del Brasil.

CAPITULO V

Del registro de las personas jurídicas y asociaciones

Art. 132. — Créase en el Registro General de la Propiedad una Sección en cuyos libros, foliados y rubricados por el secretario de la Corte Suprema, se inscribirán en el orden de su presentación:

I) El acto constitutivo y los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado, debidamente aprobados por ley o por decreto del Poder Ejecutivo;

II) Las resoluciones gubernativas que autoricen modificaciones de la constitución y estatuto de las personas jurídicas mencionadas en el inciso anterior, o su disolución, y las resoluciones judiciales por las que se decrete su liquidación, con designación del liquidador nombrado al efecto;

III) El acto constitutivo y los estatutos de las asociaciones sin personería jurídica;

IV) Los estatutos de las personas jurídicas privadas del extranjero que para ejercer derechos y contraer obligaciones de una manera permanente en el territorio de la República hubieren solicitado la autorización para funcionar.

Art. 133. — Los directores o administradores de las personas jurídicas y de las no autorizadas que omitieren solicitar la inscripción de los actos a que se refiere el artículo anterior, quedarán solidariamente obligados por las deudas contraídas por ellos en nombre y representación de la persona jurídica, no obstante cualquier disposición contraria de los estatutos, en cuanto a los terceros que hayan tratado con ellos en la ignorancia de la falta de inscripción de los instrumentos mencionados en el art. 132. Esta disposición comprende a los directores salientes y a sus reemplazantes.

Ver: arts. 227 a 233 del Anteproyecto de Bibiloni, no reproducido por el Proyecto argentino de 1936. La verdad es que estos preceptos no reconocen antecedentes en los otros códigos modernos de Europa. Con todo, su necesidad es evidente, pues, el registro responde a dar publicidad a los actos registrados respecto de terceros. Mediante ella no le será permitido a nadie alegar ignorancia de la extensión de los poderes y facultades de los directores y mandatarios de las personas jurídicas, ni menos de su capacidad de derecho, la cual, como se sabe, es limitada siempre a los derechos que sean conformes con sus fines. Así, una fábrica de cerveza, por ejemplo, perteneciente a una persona jurídica, no podría aceptar un legado sub modo para hacer funcionar una Universidad o una obra pía.

SECCION II

TITULO I

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES DE FAMILIA DEL MATRIMONIO

CAPITULO I

Régimen de las personas y de los bienes en el matrimonio

Art. 134. — La capacidad para contraer matrimonio, la forma y validez del acto, son regidas por la ley del lugar de su celebración; no habiendo ninguno de los impedimentos establecidos en los incisos I a VII del art. 142; y los artículos 141, 143 a 149 del presente Código.

Substituye este precepto al art. 2º de la ley de matrimonio civil, el cual, a su vez, reproduce con pequeñas alteraciones, el 159 del Código de Vélez Sarsfield trasegado por Bibiloni al 539 de la primera redacción de su Anteproyecto y por la comisión argentina de reformas del Código al art. 337 inc. 1º de su Proyecto, cambiada la palabra "validez" por "eficacia". Para consagrar la lex loci contractus aut actus de universal aceptación respecto del matrimonio, como Vico lo explica en el t. II, Nº 170, pág. 112 de su Curso de Derecho Internacional Privado, no hacía falta el circunloquio del art. 2º de la ley de matrimonio civil expuesto como estaba a bizantinas discusiones de los exégetas del Código para saber si la palabra "validez" allí empleada comprende la forma y substancia del acto como lo sostuvieron Calandrelli, Vico, Alcorta, Llerena y Romero del Prado, o por el contrario si la capacidad para celebrarlo se rige por la ley del domicilio, como enseñaron Zeballos, Molina y Machado. Harto se sabe que siendo principio fundamental de la validez del matrimonio la capacidad de los contrayentes para celebrarlo, se ha debido admitir con Story, para su convalidación internacional, que la ley del domicilio, rectora de la capacidad de obrar ceda a la lex loci contractus (autor cit. Conflicto de Leyes, t. I, Nº 103, versión castellana

de Quiroga). La capacidad para contraer matrimonio no es sólo la de obrar, como la exigida para el común de los contratos, sino que esencialmente es la capacidad de goce o de derecho, regida por la ley territorial. Así, los impedimentos para el matrimonio, son todos casos de incapacidad de derecho, inaplicables a los demás contratos del derecho común, de donde viene que la ley de domicilio ceda a la ley territorial en el régimen del matrimonio.

El art. 2º de la ley de matrimonio civil se halla reproducido en el art. 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, el cual estatuye que: "La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en donde se celebra". "Sin embargo, —agrega— los estados signatarios no quedan obligados a reconocer el matrimonio que se hubiere celebrado en uno de ellos cuando se halle viciado de alguno de los siguientes impedimentos: a) la falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimun catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b) el parentesco en línea recta por consanguinidad o por afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c) el parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) el hecho de haber dado muerte a uno de los cónyuges, ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge supérstite; e) el matrimonio anterior no disuelto". Concuerda ésta disposición con el art. 40 del Código de Bustamante y el 38 del Código de Derecho Internacional Privado suscrito por el Paraguay en La Habana a 13 de Febrero de 1928. Y dado que la palabra "validez" del art. 2º de la ley de matrimonio civil debe entenderse referida no a sólo uno de los elementos del acto, como es la capacidad de goce y de ejercicio, sino de una manera general a todos los requisitos de su fuerza legal, era, sin duda, suficiente enunciar el principio tal como lo sugiere Víctor Romero del Prado y así lo adoptamos en el art. 134 de este Código (ver autor cit. Matrimonio-Divorcio, pág. 47).

Aun cuando en ningún Código se consagra disposición expresa relativa a esta materia, nosotros, por respecto a la tradición, trasegamos aquí la substancia del art. 2º de la ley de matrimonio civil.

Art. 135. — Los derechos y los deberes de los cónyuges son regidos por las leyes del domicilio matrimonial, mientras permanezcan en él. Si mudaren de domicilio, sus derechos y deberes personales serán regidos por las leyes del nuevo domicilio.

Queda así restablecido el art. 160 del C. Civil, y abandonada la modificación introducida por el art. 3º de la ley de matrimonio civil. Nada más substancioso a este respecto que la apostilla con que Bibiloni ilustra el art. 540 de la Primera redacción de su Anteproyecto, cuando observa que la alteración introducida por el art. 3º de la ley de matrimonio civil substituye arbitrariamente el domicilio por la permanencia en la República, sin aclarar si ella es accidental o no, o irregular, como en el caso de abandono, de suerte que por su aplicación, dice nuestro autor, "bastará que cualquier matrimonio domiciliado en la República se vaya a Montevideo, y se divorcie allí, y es lo que se hace hoy en fraude de la ley, y los tratados, para que el divorcio proscripto en el país, se produzca (ver Anteproyecto, t. I, pág. 192 edición Kraf). Alcorta, citado por Bibiloni, dice a este propósito: "Nos parece preferible la disposición vigente. En primer lugar, por su carácter general, que es el que corresponde a la naturaleza de las reglas que comprende todo el capítulo en que se encuentran; en segundo lugar, porque está de acuerdo con la opinión casi uniforme de todos los escritores, la cual es lógica con las relaciones jurídicas producidas que constituyen derechos y deberes de los cónyuges; en tercer lugar, porque si la reforma no ha querido rechazar la ley personal, suponiendo que el domicilio matrimonial se encuentre en la República, ha debido ser explícita haciendo mención de ese domicilio; en cuarto lugar, porque no exigiéndose el cambio por otras disposiciones correlativas que se alteran, no habiéndose encontrado inconveniente en su aplicación, y teniendo las existentes fuentes y jurisprudencias conocidas para su interpretación, no encontramos la conveniencia de una reforma tan radical" (ver autor cit. Curso de Derecho Internacional Privado, t. II, pág. 133, 2ª. edición).

Por lo demás, el art. 14 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, al consagrar el mismo principio, suprimió la segunda parte del art. 12 del análogo Tratado de 1889, que dice: "Si los cónyuges mudaren de domicilio, dichos derechos y deberes se regirán por las leyes del nuevo domicilio", traído del parágrafo 2º del art. 160 del C. Civil argentino.

Art. 136. — El régimen de bienes situados en la República, de matrimonios contraídos en ella, será juzgado de conformidad con las disposiciones de este Código, aunque se trate de contrayentes que al tiempo de su disolución tuvieren su domicilio en el extranjero.

Si los contrayentes que teniendo bienes en la República, hubieren dejado su domicilio para celebrar su matrimonio fuera de ella, ajustaren capitulaciones matrimoniales en el mismo lugar, aunque apartadas o distintas del régimen de comunidad de gananciales admitido por este Código, podrán, a la disolución de su unión en el Paraguay, demandar su cumplimiento en la República, en todo lo que no se oponga al orden público y al espíritu de las disposiciones pertinentes de este Código.

Podrá igualmente exigirse en la República el cumplimiento de las capitulaciones matrimoniales concertadas en el extranjero por contrayentes domiciliados en el lugar de su celebración, pero que al tiempo de la disolución de su matrimonio tuvieren su domicilio en la República, si aquellas capitulaciones no establecieren lugar preciso de ejecución ni contravinieren lo preceptuado por el art. 21 de este Código.

El art. 161 del Código argentino estatuye que: "El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del domicilio matrimonial o del nuevo domicilio en que se hallaren". Cita por fuente el codificador argentino las resoluciones del cap. 6 de Conflict of Law de Story y el art. 2370 del Código de Luisiana, según el cual: "El matrimonio contratado fuera de este Estado por personas que en seguida se establecen en él, queda igualmente sometido al régimen de comunidad de gananciales respecto de los bienes que los esposos adquirieren después de su llegada.

Bibiloni ha hecho notar el error en que Vélez Sarsfield incurrió al estatuir que "el contrato nupcial rige los bienes del matrimonio", como si se tratara de la regla locus regit actum, cuando lo fundamental es que se aplique la ley del lugar de la ejecución del acto celebrado, como lo preceptúan los arts. 8, 949 y 1209 del C. argentino, y así también lo dispone el art. 1220 del mismo cuerpo legal respecto de las convenciones matrimoniales hechas fuera de la República (ver autor y opus cit. t. I, pág. 193, edición Kraf).

No parece que los compiladores argentinos de la ley de matrimonio civil hayan tenido en cuenta estas observaciones al trasegar el art. 161 del Código al art. 4º de dicha ley, el cual preceptúa que: "El contrato nupcial rige los bienes del matrimonio, cualesquiera que sean las leyes del país en que el matrimonio se celebró", sin otra modificación que la substitución del "domicilio matrimonial" por el del "lugar de la celebración del matrimonio", con que sumaron al error ajeno, el propio.

Tales son las razones que indujeron a Bibiloni a esbozar el art. 541 de la primera redacción de su Anteproyecto, como sigue: "La validez de las convenciones matrimoniales, hechas fuera de la República, será juzgada por las disposiciones de este Código respecto a los actos jurídicos celebrados fuera del territorio de la Nación", es decir "cuando hubieren de ser ejecutados en el país o se promovieren demandas fundadas en la prueba, validez y efectos", como lo estatuyó la comisión argentina de reformas del Código en el inc. 3º del art. 337 de su Proyecto, concordante con el art. 153 de la misma obra legislativa.

El art. 136 de este Código es conforme con el art. 51 de la ley paraguaya Nº 236, el cual, a su vez, lo es con los arts. 1220, 1209, 1207 y 14 del C. argentino; 1253 del Esboço de T. de Freitas; 596 de la segunda redacción del Anteproyecto de Bibiloni, reproducción del art. 541 de la primera; 15 de la Ley de Introducción del C. Civil alemán, y el fallo de la Cámara Civil Primera de la capital federal argentina dictado a 27 de junio de 1941 en los autos Roggy de Asquier, Berta, versus Félix Asquier, que corre en la Revista La Ley, t XXVI, pág. 39, y en el Nº 34, pág. 112 del t. II del Manual de Derecho Internacional Privado de Víctor Romero del Prado.

Dado lo preceptuado por el art. XXI de este Código por el que todos los bienes, cualquiera sea su naturaleza, son regidos por la ley de su situación, sería ocioso consagrar un precepto para regular los bienes muebles, según que se los contemple por la convención matrimonial, por lo que los contrayentes hubieren estipulado acerca de ellos, o en su defecto por la ley del domicilio de los cónyuges, porque fuera de que por ser el contrato ley privada de las partes, la primera hipótesis se descarta, y la segunda está contemplada en el párrafo IV del art. 136 de este Código, la ley del domicilio del dueño no rige los muebles que tienen una situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, como lo preceptúa la primera parte del art. 11 del C. argentino. Siendo así resultarían supérfluos los arts. 542 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el inc. 4º del art. 337 del Proyecto argentino de 1936, por lo que omitimos reproducirlos.

CAPITULO II

De los esponsales

Art. 137. — La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo.

Ver: art. 8º de la ley de matrimonio civil; 543 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 338 del Proyecto argentino de 1936; Goyena, concordancias, motivos y comentarios del C. Civil español, t. I, art. 47, pág. 55; Las partidas, IV Partida, Tít. I, Ley II, Ley III; 79 C. italiano; 91 C.C. suizo; 1297 C. C. alemán; 43 C. español; 98 C. chileno; 110 del colombiano; 87 del C. ecuatoriano; 41 del C. venezolano; 81 del C. uruguayo; 142 del C. mexicano; 94 del C. hondureño; 92 del C. nicaraguense; 84 del C. guatemalteco; 49 del C. costarricense; 77 del C. C. peruano.

La promesa de matrimonio o esponsales o desposorio, como también se la llama, no es un simple hecho, como reza el art. 98 del C. de Chile, sino todo un acuerdo de una mujer y un hombre capaces de contraer matrimonio, destituido de acción civil para exigir su cumplimiento, pero "sometido al honor y a la conciencia de ambos", por el cual, sin ligarse de una manera irrevocable, se dan un tiempo de prueba a fin de proporcionarse ocasión de conocerse y examinarse recíprocamente con mira a su unión legal, de suerte a permitir que cualquiera de ellas, por sentirse defraudada, o convencida de su ineptitud para casarse, pueda disolverlo sin responsabilidad civil alguna. A esta preparación del matrimonio se le llama noviazgo, o condición de novio o novia, preñada de obligaciones morales, como las de conducirse hasta el día y hora fijados a la celebración del matrimonio, de manera a no comprometer su razón de ser; y de identificarse en lo posible con la familia de la otra parte, por la frecuentación de su trato y adaptación a sus hábitos y costumbres, pero sin la obligación legal de una fidelidad absoluta desde el punto de vista sexual, y con el derecho de romper el compromiso en el caso de violarse el deber moral de la lealtad recíproca de su continencia.

Esta inanidad de los esponsales es punto menos que de universal aceptación, porque, como dice Goyena en su apostilla al art. 47 del Proyecto de Código español, "era las más veces tan funesto a la moral, como contrario a la santidad del matrimonio, y a la libertad con que debe ser contraído. "En manos de un seductor hábil era un arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias: en las de una mujer artera e hipócrita de pudor era un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado: mas de una vez, los padres y tutores los empleaba para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o vanidad, comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores" (ver autor y opus cit. t. I, pág. 56).

Al favor de maniobras dolosas de este género, han abundado casos de chantaje en diversos Estados de los Estados Unidos de Norte América, para evitar los cuales se han dictado leyes prohibitivas de toda acción de daños y perjuicios por la ruptura de la promesa de matrimonio, fundadas en "haber originado graves abusos y no menores daños que importaban serios agravios, humillaciones y pérdidas pecuniarias a personas totalmente inocentes... ya que tales remedios han sido empleados por personas inescrupulosas para su indebido enriquecimiento y han proveído de vías legales para la perpetración de fraudes y estafas" (ver Borda, Tratado de Derecho Civil-Familia, t. I, Nº 64, pág. 66 y ss.).

No siempre, empero, la ruptura del compromiso es infundada. Casos hay en que "se producen o se conocen hechos o circunstancias que alteran notablemente entre las partes las relaciones nacidas de los esponsales, o que de haber sido conocidas desde el principio, los hubieran frustrado, y que conocidas después, justifican el abandono del compromiso por la parte que no ha sido causa de las alteraciones producidas", como los puntualiza Knecht en su Derecho Matrimonial Católico, parág. 29, pág. 241, versión castellana de Gómez Pinan.

Cambios hay, según nuestro autor, que afectan a la salud del cuerpo, como si la mujer enfermase de lepra, sufriese parálisis, epilepsia, mal olor de la boca, o padeciese de alguna alteración más o menos grave e incurable de su sexo. Otros pueden alterar el espíritu, como la enajenación mental o una enfermedad cardíaca. Otros a la familia, como si padres o tutores se oponen tenazmente a la unión. Otros a la conducta moral y religiosa, como si uno de los prometidos lleva una vida disipada y libertina; se entrega al juego o la bebida; goza de mala fama, es sospechoso de crimen o lo ha realizado; o el primitivo afecto del novio se ha convertido en odio. Los cambios en el aspecto religioso, dice Knecht, no se refieren precisamente a la apostasía o herejía, sino más bien a la irreligiosidad y falta de fe, la incorporación a la masonería, la negativa a contraer matrimonio canónico, que para una mujer de severa educación cristiana revestiría singular impor-

tancia capaz de disuadirla de la idea de contraer matrimonio con un hombre caído en tan graves pecados. En todos estos casos, la disolución de los esponsales estaría plenamente justificada, y no se concibe que haya legislador capaz de legitimar, cuando no la acción de cumplimiento, la de indemnización de daños y perjuicios, Mas otros casos hay en que la ruptura pide sanción. Y de ellos tratan los artículos siguientes.

Art. 138. — Cuando sin justa causa rompen los novios su compromiso, o cuando lo rompe uno u el otro por una causa imputable a uno de ellos, deberá la parte culpable, a la otra, una indemnización equitativa por los gastos hechos de buena fe con mira al matrimonio, dentro de los límites que correspondan a la condición social de las partes.

Ver arts. 92 C. Civil suizo y 1298 del C. alemán, y 1548 del C. brasileño.

Una cosa es que los esponsales no confieran acción para exigir su cumplimiento, y cosa muy distinta que al favor de una promesa de honor pueda ocasionarse impunemente un daño patrimonial a otro, cuando el principio fundamental es que todo daño debe ser reparado, sin excepción alguna.

No hace falta acudir a los códigos y libros de Europa para distinguir la mera promesa de casamiento, destituida de acción, del daño patrimonial causado al favor de los esponsales, sujeto a reparación, pues, viniendo Rébora a tratar de esta materia bien dice que: "no pueden oponerse al reconocimiento de la creación de un estado prematrimonial, resultante de las costumbres, y fuente de determinadas exigencias de conducta", "la norma según la cual, la ley no reconoce esponsales de futuro, pues, —agrega— aunque la ley no reconozca esponsales de futuro, como fuente de obligaciones específicas, el compromiso matrimonial de nuestras costumbres comunes es expresivo, sin duda alguna, de una predisposición a la confianza y a la cordialidad que elevarán los espíritus cuando ellos estén iluminados por la buena fe recíproca, pero que en caso de faltar la cordialidad, desguarnecerán a unos para aprovechar a otros. Aflorarán, así, figuras de dolo que, por ser de dolo en las relaciones sexuales calificarán la responsabilidad de quien incurra en falta y haya de ser obligado al resarcimiento de daño de orden moral" (ver autor cit. Instituciones de la Familia, t. II, pág 49). La conciencia jurídica americana ha evolucionado en esta materia hacia la afirmación de la responsabilidad del novio culpable por los gastos que su prometida ha hecho de buena fe y los perjuicios que hubiera sufrido por razón de la promesa de matrimonio que él ha roto sin justa causa. El art. 78 del C. Civil del Perú es copia literal del art. 92 del C. C. suizo. El art. 1548 del C. del Brasil confiere a la mujer agraviada en su honor el derecho de exigir de su ofensor, si éste no quisiese reparar el mal por el casamiento, una dote correspondiente a su propia condición y estado: I) Si siendo virgen y menor, fuese desflorada; II) Si siendo mujer honesta, fuese violentada o aterrorizada por amenazas; III) Si fuere seducida con promesas de casamiento; IV) Si fuere raptada.

Generalizada en el Paraguay, sobre todo en los medios proletarios, la promesa de casamiento, como añagaza de que irresponsables tenorios se sirven para seducir a su víctima, hacerla madre y huir luego al favor de la inanidad del art. 8º de la Ley de Matrimonio Civil, de donde viene que abunden tantos hijos naturales de padres desconocidos o sólo reconocidos por su madre, los más de ellos abandonados al analfabetismo y al infortunio de su progenitora, constituye un problema social al que este Código no puede dar la espalda sin traicionar su misión protectora de los débiles y los desamparados. Tal es la razón por la cual trasegamos al art. 138 la substancia del art. 92 del C. C. suizo, cuyo espíritu pasamos a explicar.

Tratándose de simples hechos para apreciar los cuales debe reconocerse ampliamente facultado al juez, no es aconsejado enumerar limitativamente los motivos de ruptura unilateral de los esponsales que podrían considerarse como fundados. Sin perjuicio de lo que dejamos expuesto en la nota al artículo anterior, he aquí los ejemplos con que Curti-Forrer ilustra el art. 92 del Código suizo: sabe el novio que su prometida ha mantenido durante el noviazgo relaciones íntimas con otro hombre y que ha perdido su virginidad; se entera la novia que su novio se ha entregado al desenfreno e inmoralidad de su conducta o que ha sido afectado de una enfermedad incurable o contagiosa o que se niega a casarse en un plazo normal prefijado por ambos o que ha sido declarado en quiebra sin embargo de la prosperidad que aparentaban sus negocios en el período anterior; o que ha cambiado de religión, si tal desvío fuese importante para ella; o sus parientes se oponen a su matrimonio o ha sido condenado por la comisión de un delito común a una pena privativa de la libertad y por un tiempo relativamente largo. La violación de la novia por otra persona sería justo motivo de ruptura para su prometido, especialmente si la violada, por consecuencia del hecho, apareciese en estado de preñez. Las desilusiones y desengaños relativos a la fortuna del otro novio no son motivos suficientes, a menos que éste haya engañado al primero y le haya mantenido en el error.

La ruptura de los esponsales no está sometida a forma alguna. Puede resultar tácitamente o de hechos significativos, tales como un nuevo compromiso matrimonial con otra persona, interrupción de la correspondencia, cesación de las visitas acostumbradas, devolución del anillo de compromiso, de las cartas y los regalos recibidos; o entrada de la novia en un convento para consagrarse al celibato.

Los gastos hechos de buena fe por la parte inocente que deben indemnizarse se reducen a los ocasionados por la confección del ajuar de la novia, o el alquiler de un departamento o casa para alojamiento de la pareja, o el abandono de un empleo, los preparativos para la boda y el viaje de luna de miel, la contratación de criados para el nuevo hogar. Son gastos que no se habrían hecho de preverse una ruptura. No deben ellos exceder las proporciones ordinarias de los preparativos y arreglos usuales, porque los que sobrepasen estos límites, no deben ser tomados en consideración. El juez los estimará en consideración a los hábitos de la clase social a que pertenezcan los novios. Si ellos han sido aprobados por el damandado, no podrá éste poner en duda la buena fe de la parte que reclama la indemnización. Para valuar ésta sólo se tendrán en cuenta los daños que fueren una consecuencia inmediata de la ruptura, no las consecuencias inmediatas, como serían los beneficios y ventajas perdidos, la esperanza de un matrimonio prometedor de una vida lujosa o de una herencia considerable.

Juzgando innecesario omitimos reproducir del art. 92 del C. C. suizo la parte por la que se estatuye que se deberá a la otra parte "o a sus padres, o a los terceros" los gastos que hubiesen hecho etc., porque si la novia, por ejemplo, fuese menor de edad, será representada por su padre o madre, y si fuese huérfana, por su tutor. Raro será el caso de un tercero que demandase la indemnización a pretexto de haber sido él quien hizo los gastos requeridos por el cumplimiento de los esponsales. Mas si lo fuese, sería de su cargo, la prueba de haber asumido la obligación de pagarlos.

Art. 139. — Cuando la ruptura del compromiso perjudicare gravemente el interés personal de un novio sin culpa de su parte, el juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación moral si la otra parte es culpable del hecho.

Esta pretensión es incesible. Mas si el deudor la hubiere reconocido, o hubiere sido ya demandado al tiempo de abrirse la sucesión de la otra parte, pasará a sus herederos.

Ver: art. 93 C. C. suizo; 1300 del C. alemán; 79 del C. C. peruano.
También este artículo es copia literal del art. 93 del C. Civil suizo, que pasamos a explicar. Substituimos la locución francesa: "**grave atteinte**" del modelo, por "**perjudicare gravemente el interés personal**" de un novio etc. Los compiladores del Código peruano connotaron la misma idea diciendo: "...**dañe gravemente los derechos inherentes a la personalidad del otro**", por referencia al más grave daño que puede inferirse al interés personal de una mujer, cual es el ocasionado a su virginidad al favor de la fe de sus esponsales, y particularmente si se la ha preñado.
El art. 1300 del Código alemán es de lenguaje más crudo al decir: "**Cuando una novia irreprochable ha concedido a su novio la cohabitación, etc.**"
Y por su art. 825 preceptúa que: "**Quien por medio de astucia, por medio de intimidación, o con abuso de una relación de dependencia ha seducido a una mujer a permitir la cohabitación fuera de matrimonio, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto**". Concuerda con los arts. 823 y 847 del mismo cuerpo legal.
La reparación moral sólo es acordada al prometido ofendido personalmente. Ella no puede ser objeto de una cesión, ni embargada, ni inventareada en una quiebra. No pasa a los herederos sino excepcionalmente en los casos indicados en el in fine del artículo.
No es aventurado pensar que para muchos resulte chocante con su vieja y arraigada desaprensión el trasiego de una norma tradicionalmente observada por las más cultas civilizaciones de la Europa central, cuando el fraude a la fe jurada de los esponsales es corruptela tan profundamente enraizada en todos los países de América, sin correctivo de ningún género, de que derivan la deshonra y verguenza para las prometidas burladas y daño patrimonial para sus progenitores, como si fuera lícito ocasionarlo impunemente. El art. 1088 del Código argentino contempla la acción civil emergente de los delitos allí indicados, materia acerca de la cual se imponen las reformas que se verán en el lugar respectivo de este Código.

Art. 140. — Los prometidos pueden, en caso de ruptura, demandar la restitución de los regalos que se han hecho en consideración a la promesa de matrimonio.

Si los regalos no existieren en especie, la restitución se hará como en materia de enriquecimiento ilegítimo.

Si la ruptura ha sido causada por la muerte, no habrá lugar a repetición.

La acción derivada de los esponsales se prescribe al año computado desde el día de la ruptura de la promesa de casamiento.

Ver: arts. 94 y 95 C. C. suizo; 1301 C. alemán; 80 del C. italiano y 80 y 81 del C. peruano.
No hace falta la muerte de cualquiera de los prometidos para tener la certidumbre de que el matrimonio no se realizará. Basta que la ruptura haya tenido lugar para que las donaciones hechas en consideración al noviazgo puedan ser reclamadas para su devolución. No están sujetos a esta acción las donaciones hechas por los parientes. Tampoco se tendrá en cuenta el motivo de la ruptura porque aun el novio condenado en virtud de los arts. 138 y 139 puede reclamar los presentes hechos a su prometida.
Si los regalos han sido ya vendidos por el donatario o donataria, se confiere al donante una **condictio sui generis** que, en su ejercicio, deberá adaptarse a las disposiciones sobre enriquecimiento ilegítimo, como **condictio causa data causa non secuta**, tal como se la contempla por el art. 815 del C. alemán, según el cual: "**La repetición de una prestación hecha con un fin que no se haya realizado, no podrá tener efecto si desde un principio fuese imposible este resultado y si el autor de la prestación lo supiese, o si hubiera impedido de mala fe su realización**", como ocurriría si por mediar un impedimento dirimente no fuese posible el matrimonio y el donante lo sabía al tiempo de la donación. La última parte no sería aplicable a tenor de nuestro art. 140, inspirado en el art. 94 del C. C. suizo, dado que aun el novio condenado puede reclamar la devolución de los regalos que hubiere hecho.
Es absolutamente natural —dice Curti Forrer— que los herederos del novio fallecido no puedan reclamar del que sobrevive los regalos que el difunto le hubiere hecho. Menos se comprende que la ley imponga al supérstite la obligación de devolverlos a los herederos del difunto que podrían ser personas sin relación con él, o si su sucesión fuese vacante, devolverlos al Fisco. Podría ser que se tratase de presentes de precio o de un valor de afección para el que los hizo.
Habrá lugar a repetición, a pesar de los términos imperativos de nuestro art. 140, si la muerte del novio fuere causada por el que supervive, sea con intención o por mera negligencia. (ver autor y opus cit. pág. 83).
El **in fine** del art. 140 no requiere explicación. Uniforme es el plazo de un año en los códigos suizo, italiano y peruano y de dos años en el C. alemán, art. 1302.

CAPITULO III

De la capacidad requerida para contraer matrimonio y de los impedimentos

Art. 141. — No pueden contraer matrimonio el hombre antes de los diez y ocho años cumplidos y la mujer antes de los diez y seis años cumplidos.

A título excepcional y por razones o motivos graves podrá el Juez del domicilio de los futuros contrayentes conceder dispensa de esta prescripción a la mujer que ha cumplido doce años.

Ver: arts. 9 inc. 4º de la ley de matrimonio civil; 13 inc. a) del Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1940; 544 inc. 4º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 339 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 1303 del C. alemán; 96 del C. C. suizo; 84 del C. italiano; art. 183 inc. XII) y 185 del C. brasileño; 46 del C. venezolano; 82 inc. 1º del C. peruano; 107 y 108 del C. chileno; 116 del C. colombiano; 93 del ecuatoriano; 148 del C. mexicano; 112 del C. nicaraguense; 97 inc. 1º del C. hondureño; 57 del costarricense; 86 del C. guatemalteco; 45 inc. 1º del C. español; 1058 del C. portugués; 144 del C. francés; 93 del de Luisiana; 91 del C. uruguayo; 93 del C. boliviano, etc.

La mención precedente de los códigos extranjeros en relación a la edad del hombre y la mujer, requerida para casarse, no mira a ningún escrutinio para fundar la verdad en cómputo alguno de sus decisiones, sino sólo para establecer, en consideración a la unificación externa de esta parte de nuestro derecho privado, que las únicas naciones que fijaron, a igual que el Paraguay y la Argentina, en 14 años cumplidos para el hombre y 12 para la mujer, la edad mínima para casarse, son: el Estado de Luisiana, Uruguay, Venezuela, y Honduras; en 16 años para el hombre y 14 para la mujer, Italia, México y Guatemala; en 18 años para el hombre y 15 para la mujer, Francia; y en 21 años para el hombre y 16 para la mujer, Alemania, Nicaragua (18 para la mujer), Portugal, Costarrica; y en 25 años para el hombre y 23 para la mujer, Bolivia; y, en 25 años para hombre y mujer, Chile.

Apostillando Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y Saleilles en su versión francesa del Código alemán, su art. 1303, dicen: Desde el punto de vista físico, podría el matrimonio ser permitido al hombre algún tiempo antes de su mayoridad. El Código alemán, empero, ha considerado que era necesario, además, a aquel que llega a ser jefe de familia, una plena inteligencia de los deberes morales y de las relaciones económicas, engendradas por el matrimonio, como también una independencia económica completa. Al mismo tiempo, se juzgó que sería una gran simplificación, desde el punto de vista jurídico, confundir para el hombre, la mayoridad matrimonial, con la mayoría de edad ordinaria (ver autores y opus cits. t. III, pág. 15).

No otras son las reflexiones de Kipp y Wolff, en su Derecho de Familia — El Matrimonio, t. I, pág. 69, 2ª. edición) al expresar que "las nuevas leyes han aumentado notablemente la edad para contraer matrimonio, en lo esencial para garantizar la madurez de juicio, en parte también por razones higiénicas".

La Iglesia Católica, aun reconociendo que la primera condición para contratar matrimonio es que los contrayentes sean aptos para celebrarlo, por la posesión de la madurez de juicio necesaria para reconocer a la persona capacidad de obrar, siguió en esta materia la tradición del Derecho romano, al fijar la mayoridad matrimonial del hombre en 14 años cumplidos y la de la mujer en 12 años cumplidos, con que daba importancia esencial al grado efectivo de desarrollo físico y espiritual. Siendo así el **impedimentum aetatis** del Derecho Canónico se funda más en el desarrollo sexual antes que en la edad de los contrayentes. Este criterio prevalece todavía en Inglaterra, Escocia, Irlanda, España y Grecia.

Mas el derecho matrimonial romano, canónico y evangélico ha evolucionado. El **Codex Iuris canonici** de 1917, elevó la edad de los contrayentes en dos años: 16 y 14 años cumplidos para el hombre y la mujer respectivamente, tal como lo estatuye el art. 84 del Código italiano de 1942. El **impedimentum aetatis** del derecho canónico vigente es **impedimentum dirimens**. Siendo así, el matrimonio celebrado antes de alcanzar la edad fijada es nulo aunque concurran otras condiciones de desarrollo físico o espiritual. Sólo el Papa puede otorgar dispensa de este impedimento (ver Knecht, Derecho matrimonial católico, pág. 255, versión castellana de Gómez Pinán).

Compréndese así que viniendo Bibiloni a explicar el inc. 4º del art. 544 de la primera redacción de su Anteproyecto, se haya expresado así: "Hay una poderosa reacción en las legislaciones modernas. La edad en los contrayentes es una condición fundamental, que no se refiere a la posibilidad de la generación. Es mucho más alta la cuestión. Son graves factores morales los que están en juego. Permitir el matrimonio de pobres niños, que nada saben de la vida, a quienes las leyes no autorizan siquiera para gobernar sus bienes, y sus personas, es condenarles a la desilusión, y á la desunión casi necesariamente. Llegados a la edad de la razón se encuentran ligados por la vida entera, sin posibilidad de volver sobre un acto realizado en plena inconciencia de lo que hacían" (ver autor y opus cit. I, pág. 195, edición Kraft).

Fuera de estas consideraciones, militan otras para condenar el eventual matrimonio de una mujer de doce años cumplidos, la que por ser impuber (art. 127 C. argentino) carece de discernimiento (art. 921), sin cuyo concurso ningún acto jurídico puede producir obligación alguna (art. 900), amén de ser absolutamente incapaz (art. 54 inc. 2º), por lo que todos sus actos son nulos (arts. 1041 y 1042). Cierto es que en materia de nulidad, el matrimonio no se rige por las disposiciones generales relativas a esta materia, sino por las especiales y propias de la ley de matrimonio civil, tanto que si esa menor, casada, concibiere, su matrimonio se consolidaría, porque ya no se puede demandar su nulidad (ver Busso, Código Anotado, t. II, Nº 48 pág. 45).

El impedimento de edad de nuestro Derecho es igualmente dirimente, como lo es por Derecho canónico, de suerte que si una menor de doce años se casase podría su matrimonio ser atacado de nulidad. Y en tal concepto es anulable, no nulo de pleno derecho.

"No disimulamos, agrega Bibiloni, que hubiéramos preferido reproducir la disposición del Código suizo, pero hemos pensado que el salto sería demasiado grande, y tal vez resistida la reforma".

Nosotros decimos otro tanto, porque la verdad es que ni el hombre a los diez y ocho años cumplidos, ni la mujer a los diez y seis, también cumplidos, por mucha que sea su aptitud física para casarse, poseen la ponderación y ecuanimidad mental indispensables para fundar un hogar y medir sus consecuencias. No bastará que el hombre sea hijo de padres ricos o heredero de padres ricos, porque los dineros que no se han ganado con el sudor de la frente expuestos están a pronta disipación. Para asumir la jefatura de un hogar debe el hombre haber ganado por sí mismo su independencia económica, y debe la mujer, si no conoce un oficio, haber recibido nociones que la habiliten a criar y educar a sus hijos. De otro modo, este Código no sería para todos, sino para unos pocos privilegiados de la fortuna, un Código para la burguesía. El hombre sin profesión conocida que se casa se expone a ser un parásito. Y ninguna profesión se adquiere a los diez y ocho años y menos a los catorce de nuestra ley de matrimonio civil, cuando todavía se va a la escuela.

El segundo parágrafo de nuestro art. 141, a imitación del art. 1303 del Código alemán, 96 del C. C. suizo y del 84 del C. italiano, admite, a título excepcional, la dispensa de edad a la mujer por razones o motivos graves, de los cuales el más contemplado es la preñez de la novia por obra de su novio, y sus padres o parientes tuvieren interés en facilitar su matrimonio como medio de ahorrarse la vergüenza que a todos podría alcanzarles o porque previesen que de esperar más tiempo se frustrase la posibilidad de casarla. El Juez del domicilio de ella, con audiencia del Ministerio Pupilar, podrá conceder la dispensa. Si la pareja es católica y quisiere hacer bendecir su unión, deberá pedir la dispensa canónica que sólo el Papa puede otorgar.

Art. 142. — No pueden contraer matrimonio entre sí:

I) los ascendientes y descendientes en línea recta, legítimos o naturales;

II) los hermanos y las hermanas de doble vínculo y los medios hermanos, legítimos o ilegítimos;

III) los afines en línea recta en todos los grados;

IV) el adoptante y el adoptado y sus descendientes;

V) los hijos adoptivos de la misma persona;

VI) el adoptado y los hijos del adoptante;

VII) el adoptado y el cónyuge del adoptante; el adoptante y el cónyuge del adoptado.

Ver: art. 9 incs. 1º, 2º y 3º de la ley de matrimonio civil, en relación a los tres primeros incisos del presente artículo; los tres primeros incisos del art. 544 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y los mismos incisos del art. 339 del Proyecto argentino de 1936, cuya redacción abandonamos para reproducir análogos preceptos del art. 87 del C. C. italiano, mejor concebidos, a nuestro parecer, como prohibición

legal de la realización del matrimonio y de la restricción, consiguiente, de la capacidad de obrar para su perfección jurídica, en los límites exigidos por la moral pública. Tan remoto por su antigüedad y tan universal por su extensión el instintivo horror de la criatura humana al comercio carnal entre personas consanguíneas o sea entre personas procedentes directamente por generación legítima o ilegítima, como el hijo del padre, el nieto del abuelo, o lateralmente de una tercera y la misma persona, como los hermanos, los primos, etc., no extrañará que el impedimento de consanguinidad venga consagrado por todos los códigos. Ver: art. 1310 C. alemán; 100 y 120 inc. 3º C. C. suizo; 87 C. italiano; 161 a 163 del C. francés; 84 del C. español; 183 del C. brasileño; 1073 del C. portugués; 103 y 104 del C. chileno; 140 inc. 9º y art. 13 de la Ley 57 del C. colombiano; 109 incs. 7 a 9 del C. ecuatoriano; 51 a 53 del venezolano; 91 inc. 4º y 5º del C. uruguayo; 83 del C. peruano; 110 incs. 2º y 3º del C. nicaraguense; 99 incs. 1º a 3º del C. hondureño; 93 incs. 2º, 3º y 4º del guatemalteco; 104 y 105 del C. boliviano; 96 y 97 del C. de Luisiana.

La base de estas prohibiciones —dicen Kipp y Wolf— no son consideraciones de orden médico, sino concepciones éticas cuyas últimas razones son inasequibles. Tal es la moral de las naciones indoeuropeas y de su descendencia americana, a cuya observancia repugna el incesto, practicado en la antigüedad por los reyes egipcios y que por imitación a ellos pretendió Nerón casarse con una hermana que enloqueció ante su vesánico asedio (ver autores cits. El matrimonio, t. I, parág. 12, pág. 87). La aversión a la endogamia es igualmente observada, y es lo peor, bajo pena de muerte, por muchos pueblos bárbaros, como en Batta, Sumatra, entre los hotentotes, en Australia y en la Isla de las Gacelas.

Mas aun cuando la medicina no ha dicho hasta ahora la última palabra para combatirla, es lo cierto que ella ha comprobado en la descendencia de los matrimonios entre parientes la existencia frecuente de determinados defectos corporales y espirituales, como la retinitis pigmentosa, ceguera, idiotez, sordera, albinismo, etc., y si las familias de los contrayentes estuviesen viciadas por taras hereditarias, la posibilidad de enfermedad es mayor (ver Knecht, opus cit. parág. 38, pág. 345 y ss.).

Este impedimento es dirimente, así por derecho canónico como por nuestro Derecho. El impedimento de afinidad legítima (**impedimentum affinitatis legitimae**) por el que se prohibe contraer matrimonio al viudo o viuda con los consanguíneos de su cónyuge difunto; o al suegro viudo con la nuera (viuda de su hijo); o a la viuda (suegra) y su yerno (viudo de su hija); o al padrastro (viudo) con su hijastra o sus descendientes: y a la madrastra (viuda) con su hijastro o sus descendientes no se funda en la vinculación de sangre, ni en las comprobaciones de la medicina, sino en consideraciones éticas, dado que, por derecho, el afín queda en el mismo grado que su consorte, siquiera sin idéntica vocación hereditaria. Es una asimilación legal al parentesco por consanguinidad enraizada en la conciencia de todas las naciones por respeto a la santidad del matrimonio y la unidad de la familia (ver Busso, opus cit. t. II, Nº 35, pág. 43; Planiol, **Traité Elementaire**, t. I, Nº 725, pág. 259; Rouast in Planiol y Ripert, t. II, Nº 110 a 113, pág. 96 y ss.; Messineo, opus cit. t. II, Nº 5, pág. 147 y t. III. e), pág. 46; Kipp y Wolf, El matrimonio, t. I, parág. 13, pág. 91; Curti-Forrer, **Commentaire du Code Civil Suisse**; art. 100, notas 7 a 9, pág. 88; Bufnoir, Cazelles, Challamel, etc., **Code Civil Allemand**, t. III, art. 1310, pág. 26; etc.).

La Iglesia jamás se desinteresó de este impedimento. Dejando de lado su historia o evolución en el derecho canónico, bastará saber que el **Codex Iuris canonici** de 1917, limitó o redujo la aplicación de este impedimento a la línea recta y al segundo grado de la colateral, como impedimento dirimente. Mas en la línea colateral (matrimonio con la viuda del sobrino) es **minoris gradus** y puede ser dispensado.

La afinidad supone un matrimonio válido. Si fuera nulo no existiría el impedimento de afinidad legítima, sino sólo el de afinidad ilegítima o **impedimentum publicae honestatis** del derecho canónico, nacido de la unión libre de dos personas amancebadas, o del matrimonio nulo, consumado o no y del matrimonio putativo, pero que dirime el matrimonio canónico en el primero y segundo grado de la línea recta entre el varón y las consanguíneas de la mujer y vice versa (ver Knecht, opus cit. parág. 40, pág. 395 y ss.). En nuestro derecho, la única afinidad dirimente del matrimonio es la que nace del matrimonio válido. Si el vínculo fuera anulado, dice Busso, en principio quedaría sin efecto el aparente parentesco que lo produjo (ver autor y opus cits. t. II, Nº 37, pág. 44). Expresamente contraria es la decisión del parág. 2º del art. 100 del C. C. suizo, por la cual se prohibe casarse, a los afines, aun cuando el matrimonio de que resulta la afinidad haya sido anulado, o disuelto por muerte o por divorcio, a propósito de lo cual observa Curti-Forrer que de este precepto resulta la consecuencia ilógica de que un vínculo de derecho declarado nulo produce sin embargo las consecuencias de un vínculo válido (ver autor y opus cit. nota 9 al art. 100, pág. 89). Mas esta consideración no ha sido tomada en cuenta por los compiladores del Código italiano de 1942, cuyo art. 87 inc. 4, estatuye que **"la prohibición subsiste aun en el caso en que se haya declarado nulo el matrimonio del cual deriva la afinidad"**, por evidente influencia del Código Civil suizo. Mas desde el punto de vista moral, acaso la Iglesia tenga en esta materia más razón que la obtenida de un puro silogismo. Vendría permitido que el marido separado de su esposa por una sentencia de nulidad, pueda al día siguiente casarse con su cuñada. Dado que por este Código se admite la adopción, lógico era que naciendo de ella un género de parentesco puramente legal entre adoptante y adoptado, derívase de este parentesco el impedimento de adopción o **impedimentum cognationis legalis** del Derecho canónico, tomado del Derecho romano, y contemplado en los incs. IV) a VII) del art. 142 de este Código.

Distinto es en esta materia, la doctrina del Código argentino, el cual, según la nota al art. 4050 "no reconoce adopción de clase alguna".

La adopción, empero, es admitida por el art. 1311 del Código alemán pero limitado al **"impedimentum paternitatis legalis"** que obsta al matrimonio del **adoptans** con el **adoptatus** y todos sus descendientes; el art. 354 (nuevo del C. francés; el art. 84 inc. 5º del C. español; el art. 87 incs. 6 a 9 dle C. italiano 183 inc. 3º y 5º del C. del Brasil; 54 del C. venezolano, 83 inc. 3º del C. peruano etc.).

El inc. V) de nuestro art. 142 extiende el impedimento a los hijos adoptivos de la misma persona por su asimilación a la condición de hermanos. El **impedimentum fraternitatis legalis** obsta al matrimonio del **adoptatus** y los hijos legítimos del **adoptans**. En Derecho alemán este impedimento cesa al resolverse la adopción por emancipación.

El inc. VII) de nuestro artículo por el que se prohibe el matrimonio del adoptado y el cónyuge (viudo o viuda) del adoptante; y del adoptante y el cónyuge (viudo o viuda) del adoptado, ha desaparecido en el Derecho alemán, no así en el italiano y el suizo (ver art. 100 **in fine** (ver: Curti-Forrer, opus cit. notas 10 a 12, pág 89; Enneccerus, Kipp y Wolff, El matrimonio, t. I, parág. 14, pág. 96; Messineo, opus cit. t. III, parág. 55, pág. 46; Butnoir, Challamel, Drioux, etc., opus cit. t. III, pág. 29).

El Derecho canónico se remite en absoluto al Derecho del Estado para determinar la eficacia de la adopción en orden al matrimonio (ver Knecht, opus cit. págs. 218 y 412).

Este impedimento es dirimente.

El Proyecto argentino de 1936 instituyó por sus arts. 475 a 480 la adopción, pero omitió en su art. 339 el **impedimenum cognationis legalis**. Es, sin duda, un olvido involuntario de sus compiladores.

Art. 143. — No puede contraer matrimonio quien está vinculado por un matrimonio anterior, mientras subsista.

Ver: art. 9 inc. 5º ley de matrimonio civil; 544 inc. 5º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 339 inc. 5º Proyecto argentino de 1936; art. 86 C. italiano; 83 inc. 5º C. español; 147 del C. francés; 101 del C. C. suizo; 1309 del C. alemán; 183 inc. VI) del C. brasileño; 50 del C. venezolano; 82 inc. 5º del C. peruano; 94 del C. de Luisiana; 140 inc. 12 del C. colombiano; 109 inc. 4º del C. ecuatoriano; 55 inc. 1º del C. costarricense; 98 inc. 1º del C. hondureño; 110 inc. 1º del C. nicaraguense; 93 inc. 1º del C. guatemalteco; 90 del C. bolliviano, etc.

El matrimonio civil legislado por este Código sólo se disuelve por la muerte, y siendo así este impedimento es dirimente, razón por la cual produce la nulidad del segundo matrimonio, que conduce a la situación de bigamia, si este segundo matrimonio se celebra en el Paraguay. Si se lo celebra de acuerdo con las leyes de otro Estado, no da lugar al delito de bigamia, por aplicación del art. 15 inc. b) del Tratado de Derecho

Internacional Privado de Montevideo de 1940, ratificado por la Ley paraguaya Nº 266 del 19 de julio de 1955. Este impedimento, conocido entre nosotros por su nombre clásico de "**ligamen de precedente matriminio**", se resuelve en la **falta de libertad de estado**, como lo caracteriza la doctrina italiana, y así lo llama. Para la Iglesia Católica, el matrimonio civil no seguido del religioso, no constituye impedimento de ligamen, á tenor del Canon 1069 del Código de Derecho Canónico.

Art. 144. — No pueden contraer matrimonio entre sí las personas de las cuales la una ha sido condenada por homicidio consumado o tentativa de homicidio sobre el cónyuge de la otra. La promoción del juicio criminal suspende la celebración del matrimonio.

Ver: art. 9º inc. 6º ley de matrimonio civil; 544 inc. 6º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 339 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936; Hénos aquí con el **impedimento de crimen de solo conyugicidio** o sea sin previo adulterio, el cual, por oposición a los anteriores, no procede del Derecho canónico, sino admitido por éste al que fue trasegado del Derecho positivo, pero que no se dispensa jamás, cuando sea públicamente conocido o amenazara divulgarse.

No lo registran los códigos francés, alemán, suizo, español y belga, pero sí el italiano, art. 88, y en nuestra América por los códigos venezolano, art. 55; peruano, art. 83 inc. 4º; brasileño, art. 183 inc. VIII); el colombiano, art. 140 inc. 8º; el ecuatoriano, art. 109 inc. 1º; el mexicano, art. 159 inc. VI); el costarricense, art. 55 inc. 4º; el boliviano, art. 109; el guatemalteco, art. 95 inc. 6º; el nicaraguense, art. 110 inc. 4º; el hondureño, art. 99 inc. 5º, etc.

El Derecho canónico distingue: 1º el adulterio con conyugicidio, ejecutado por uno de los adúlteros con o sin conocimiento del otro adúltero, con intención de facilitar el matrimonio con el último; y 2º el conyugicidio solo, realizado por un esposo en la persona de su cónyuge (uxoricidio) de acuerdo con una tercera persona, para contraer matrimonio con ésta, sin adulterio previo, que es el caso contemplado por nuestro artículo. Podría el conyugicidio ser perpetrado materialmente por ambas personas o sólo por una de ellas, pero con el consentimiento, consejo u orden de la otra.

La simple aprobación —dice Knecht— no basta por Derecho canónico para que el impedimento nazca. Se presume en ambos la intención común de casarse, aunque en realidad sólo en una de ellas se dé tal intención. También se condiciona por Derecho canónico el impedimento a que el cónyuge autor viva en matrimonio válido en el momento del conyugicidio (ver autor y opus cits. pág. 342).

Viniendo Bevilaqua a tratar este tema expresa que "el homicidio o tentativa de homicidio contra la persona de uno de los cónyuges debe crear una invencible incompatibilidad entre el supérstite y el criminal, que le destruyó su hogar y sus afecciones, que deberían ser muy caras para él. Si esta repugnancia no surge espontnea, cabe suponer connivencia en el crimen. Podría ser ausencia de sentimientos de piedad con el muerto, o de estima para consigo mismo, pero en grado tan subido que, si la complicidad no existió, hubo aprobación del crimen, igualmente inmoral. Y en esta hipótesis, la ley no herirá a un inocente, haya delincuencia o simple aprobación del acto criminal". (ver autor cit. Código Civil-Comentado, t. II, pág. 22).

Este impedimento —dice Messineo— se funda en razones de **moralidad pública**. Si solamente se ha remitido a juicio, o se ha ordenado la captura del imputado, el matrimonio puede celebrarse, cuando se pronuncie sentencia de sobreseimiento" (ver autor y opus cits. t. III, pág. 47).

Tratando Busso de la extensión de este impedimiento juzga que las partes no podrían eludirlo ni trasladándose al extranjero para contraer matrimonio, por cuanto es uno de los casos en que no se aplica la **lex loci celebrationis** (ver autor y opus cits. t. II, Nº 65, pág. 47).

Art. 145. — No puede contraer matrimonio el interdicto por enajenación mental, o por sordomudez, ni el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea pasajera.

Si la demanda de interdicción está sólo presentada, podrá el Ministerio Público, a instancia de las partes autorizadas por el art. 64 para promoverla, pedir que se suspenda la celebración del matrimonio hasta tanto se dicte sentencia definitiva que dirima el juicio.

Ver: Art. 9 inc. 7º de la ley de matrimonio civil; art. 339 inc. 7º del Proyecto argentino de 1936; 85 C. italiano; 104 y 1325 C. alemán; 97 C. C. suizo; 183 inc. IX) C. brasileño; 48 C. venezolano; 82 inc. 2º C. peruano; 83 inc. 2º C. español; 4º inc. 5º de la ley de matrimonio civil chilena del 10 de enero de 1884; 109 inc. 6º del C. ecuatoriano; 156 incs. VIII y IX del C. mexicano; 111 inc. 2º C. nicaraguense; 97 inc. 2º C. hondureño; 93 inc. 5º del C. guatemalteco; 113 del C. boliviano, etc.

El inc. 7º del art. 9º de la ley de matrimonio civil se limita a mencionar "**la locura**", con que cambia la terminología de los arts. 54 inc. 3º y 140, en los que se emplea el vocablo: "**dementes**", conforme con la concepción de la enajenación mental definida en la nota al art. 3615, donde el codificador dice: "Nombramos sólo en el artículo a los dementes, porque la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de la locura", sin sospechar que al cabo de un poco más de medio siglo, se desahuciaría en la cátedra argentina de Medicina Legal el uso del término: "**demente**", como impropio para connotar los caracteres nosológicos de la enajenación mental, como única causa de interdicción del insano.

Ya hemos explicado en la nota al art. 49 de este Código cómo se ha desahuciado también del lenguaje de la Psiquiatría moderna la expresión: "intevalos lúcidos", como mera intermitencia de la enajenación mental, consistente en una clara luz entre dos noches, según la abandonada definición de D'Agueseau y la de Legrand du Saulle, citadas por Salvat (Tratado de Derecho Civil Argentino — Parte General, Nº 808, pág. 464, 9 edición actualizado por Víctor N. Romero del Prado). Está hoy probado que cuando tal intermisión se ofrece en el enfermo, es porque éste se ha sanado.

Desdeñando Bibiloni estas observaciones, públicamente formuladas por el doctor Nerio Rojas en su cátedra de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Buenos Aires, siquiera dadas a la estampa sólo en 1938 bajo el título de: "**La Psiquiatría en la Legislación Civil**", substituyó en el art. 544 inc. 7º de la primera redacción de su Anteproyecto la palabra "**locura**" por su sinonimia: "**insania**", con el agravamiento de añadirle la locución: "**aunque se verifique el matrimonio en un intervalo lúcido**", absolutamente superflua, porque ha de bastar "**la interdicción**" para que todo enajenado mental sometido a curatela no pueda celebrar matrimonio.

Agrega Bibiloni, como otra manifestación de este impedimento: "**El estado de perturbacion enfermiza del espíritu excluyente del discernimiento o de la voluntad, en tanto que no sea pasajero por su naturaleza**", con que da a entender que se trata de una alteración de la salud mental distinta de la contemplada en el art. 160 de su Anteproyecto, como causa de interdicción y caracterizada como: "**debilidad del espíritu que no le permite (al paciente) atender sus negocios**", y lo que es peor, que "**el discernimiento**" puede ser

disyuntivamente mencionado con la idea de "voluntad", cuando a estar a la doctrina de los artículos 897 y ss., del Código argentino, **"la voluntad"** es una facultad de los seres racionales formada de **"discernimiento, intención y libertad,** tanto que por aplicación del art. 900 del mismo cuerpo legal, la falta o ausencia de cualquiera de esos tres elementos psicológicos de la voluntad, torna inane el acto.
Evidente es que Bibiloni tuvo a la vista el art. 1325 del Código alemán, según el cual: **"El matrimonio es nulo, cuando al tiempo de su conclusión,** uno de los contrayentes **era incapaz de ejercer derechos, o se encontraba en estado de inconciencia o de turbación mental pasajera".** Si tal es la fuente de su precepto, debe reconocerse que al final se apartó del modelo, al estatuir que la perturbación enfermiza del espíritu excluyente del **"discernimiento o de la voluntad",** es impedimento: **"en tanto que no sea pasajero por su naturaleza",** cuando de lo que se trata es de inhabilitar para contraer matrimonio a toda persona que aun no habiendo sido sometida a interdicción haya perdido por cualquier causa el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea pasajera, pues, no otra es la doctrina del in fine del art. 921 del C. argentino.
A renglón seguido agrega el inc. 7º del art. 544 del Anteproyecto de Bibiloni, como impedimentos, "La **embriaguez habitual, y el uso indebido y persistente de tóxicos enervantes",** cuando para la anulación del acto bastaría que uno de los cónyuges se presentase en estado de embriaguez notoria, aunque no sea habitual, o bajo la acción de drogas, como la cocaína, la morfina, la hachichinia, etc., en el estado de beatitud que sigue a la primera euforia producida por el remedio heroico.
No hay manera de asimilar el discernimiento a la voluntad ni la voluntad al discernimiento, porque si el contrayente apareciere destituido de voluntad, quedaría inmovilizado o yerto, como entumecido, e inepto para otorgar el acto, al paso que si sólo quedare destituido de discernimiento, obraría, pero sin inteligencia, sin poder discernir los consecuencias de sus acciones, el bien del mal, lo justo de lo injusto.
Tales son las razones por las cuales nos apartamos de la redacción del inc. 7º del art. 544 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y del inc. 8º del art. 339 del Proyecto argentino de 1936 que lo reproduce. Nuestro artículo se acerca al art. 85 del C. italiano, al parágrafo 1º del art. 1325 del C. alemán y al in fine del art. 921 del C. argentino.
La suspensión de la celebración del matrimonio intentado por un interdicto por enajenación mental o por sordomudez, podría tener lugar de pleno derecho a la vista del informe del encargado del registro respectivo.
La del matrimonio en trance de llevarse a cabo por una persona en estado de inconciencia por la pérdida accidental del uso de su razón, es una medida de excepción de lo preceptuado por el art. 55 de este Código, pero fundada en el elemental principio según el cual la supresión del discernimiento torna inane el acto jurídico otorgado en estado de inconciencia. Es así como lo estatuye el segundo parágrafo del art. 85 del Código italiano; 48 inc. 2º del C. venezolano.
La pérdida del uso de la razón que dice nuestro artículo, traducida en un estado de inconciencia, aunque sea pasajero, puede provenir de la embriaguez habitual, la morfinomanía, la teromanía y el uso indebido de las demás drogas naturales o sintéticas conocidas (ver art. 156 inc. VIII del C. de México).

Art. 146. — El cónyuge de una persona declarada desaparecida no puede contratar un nuevo matrimonio antes de la disolución del precedente por la prueba del fallecimiento de aquél, excluyente de toda duda.

Ver: art. 102 inc. 1º C. C. suizo.
Mas ¿quid? si sobre la base de la partida de defunción del desaparecido, el viudo o viuda contrajere nuevo matrimonio y se presentaran señales o pruebas de que el presunto muerto continúa viviendo, o reapareciere en su domicilio?
En este punto el Código de Derecho canónico impone a los cónyuges que de buena fe celebraron el segundo matrimonio que abandonen todo trato sexual desde que tuvieron noticia del descubrimiento. El segundo matrimonio debe ser disuelto y restablecido el primero. Pero si resultare que el esposo anterior vivía ciertamente al tiempo de la celebración del segundo matrimonio, pero que luego falleció, los esposos aparentes pueden, si persisten en continuar el uno con el otro, convalidar el matrimonio mediante la renovación recíproca del consentimiento o separarse de mutuo acuerdo.
Si el segundo matrimonio ha sido celebrado de buena fe por solo uno de los contrayentes, podrá éste, después de descubrir la verdad, abandonar al cónyuge de mala fe, aunque éste quisiere continuar en matrimonio con el segundo esposo, al paso que, por el contrario, el esposo de mala fe está obligado, conocida la muerte del primer esposo, a continuar con el de buena fe, si así lo reclamare éste, aunque no se le puede obligar (ver Knecht, opus cit. parág. 32, pág. 282 y ss.).
"El Código alemán, arts 1348-1351, dicen Enneccerus, Kipp y Wolff, ha dejado de lado la consecuencia del derecho canónico.
"Si, después de la declaración de muerte de uno de los cónyuges, el otro contrae nuevo matrimonio, éste es válido, aunque sólo uno de los contrayentes procediera de buena fe al tiempo de contraerlo. Si ambos son de mala fe en ese momento, el matrimonio es nulo. Se presume la buena fe de ambos cónyuges. Es de mala fe no sólo el que sabe que el desaparecido vive todavía, sino el que sabe que ha sobrevivido a la declaración de muerte" (ver autores y opus cits. El matrimonio, t. I, parág. 30, pág. 190 y ss.).
Ninguno de los códigos modernos estructurados bajo la influencia del Código alemán ha trasegado al capítulo reservado a la regulación de los impedimentos, los arts. 1348 a 1351 de dicho Código, por lo que a imitación de aquéllos reservamos esta delicada materia a los preceptos que legislan los efectos del matrimonio putativo.

Art. 147. — Salvo los matrimonios in extremis y el de meros arrimados que, para legitimar a los hijos habidos de su amancebamiento contrajeren matrimonio, no podrán casarse los que adolecieren de enfermedad crónica contagiosa, transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, como la embriaguez consuetudinaria y el uso habitual de tóxicos enervantes.

Ver: art. 82 inc. 3º C. C. del Perú. Por vía de mero ejemplo: son enfermedades crónicas contagiosas la tuberculosis y la lepra; y son transmisibles por herencia las enfermedades mentales, en cuanto predisponen a la descendencia, y la hemofilia y la gota, y muchas otras que los reglamentos profiláctico indicarán.
Sobre el in fine de este artículo: ver inc. 9º del art. 339 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 148. — La mujer no podrá casarse hasta pasados trescientos días computados desde la disolución o de la anulación del matrimonio anterior, a menos de haber quedado en cinta, caso en el cual podrá casarse después

del alumbramiento. Si contraviniere esta prohibición, perderá los legados, y cualquiera otra liberalidad o beneficio que el marido le hubiere hecho en su testamento.

Ver: arts. 93 y 94 C. argentino; Goyena, t. I, art. 56 pág. 69; 228 C. francés; 134 C. de Luisiana; L. 3, tit. 12, partida 4; 89 C. italiano; 57 del C. venezolano; 85 C. peruano; 112 C. uruguayo; 128 C. chileno; 1233 y 1234 C. portugués; 183 Inc. XIV) C. brasileño; 173 del C. colombiano; 112 Inc. 2º C. nicaraguense; 165 C. hondureño; 95 Inc. 3º C. guatemalteco.

Este impedimento llamado de luto de la viuda es meramente impediente, en cuanto puede ser invocado para fundar una oposición al matrimonio, pero no para hacerla valer con posterioridad para obtener su nulidad (Busso, t. II, Nº 113, pág. 54). Mira a evitar la turbatio sanguis.

Art. 149. — El tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda hasta que fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor, sin perjuicio de su responsabilidad penal.

Ver: art. 12 L. de M. Civil; 546 Anteproyecto de Bibiloni; 1268 del Esboco de T. de Freitas; 116 C. chileno; Ley colombiana Nº 57 de 1887, art. 14, inc. 2º; 103 inc. 2º C. ecuatoriano; 183 inc. XV) C. brasileño; 1058 Inc. 2º C. portugués; 58 C. venezolano; 111 C. uruguayo; 84 C. peruano; 159 del C. mexicano; 112 inc. 3º del C. nicaraguense; 99 inc. 6º del C. hondureño; 45 inc. 3º C. español; 95 inc. 4º del C. guatemalteco.

Art. 150. — Los menores aunque hayan cumplido la edad exigida en el art. 141 no pueden casarse sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que los hubiere reconocido, o sin el de la madre a falta de padre, o sin el del tutor o curador a falta de ambos, o en defecto de éstos sin el del juez.

Ver: art. 10 L. de M. Civil; 545 Anteproyecto de Bibiloni; 340 del Proyecto argentino de 1936; 148 C. francés; 90 del C. italiano; 1058 y 1061 C. portugués; 45 inc. 1º C. español; 99 C. de Luisiana; 105 C. de Chile; 117 C. colombiano; 92 C. ecuatoriano; 59 C. venezolano; 57 inc. 1º del C. costarricense; 95 inc. 2º C. guatemalteco; 105 C. uruguayo; 89 a 99 del C. peruano; 101 C. hondureño; 140 del C. nicaraguense.

Art. 151. — Si los menores de edad se casaren sin la autorización necesaria, quedarán sometidos al régimen legal de separación de bienes hasta que cumplan la mayor edad. Esta sanción es extensiva a los que se casaren con infracción de lo estatuido en los arts. 141, 148 y 149. El Juez, empero, fijará la cuota alimenticia de que el menor emancipado podrá disponer para subvenir a sus necesidades en el hogar, la cual será tomada de sus rentas líquidas, y en caso necesario, del capital, pero no será comunicable.

Ver: art. 23 inc. 1º de la ley paraguaya 236; art. 50 C. español; 1060 inc. 3º C. portugués; art. 258, parágrafo único, I) C. brasileño; art. 684 de la primera redacción y 614 de la segunda redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 1364 del C. alemán.

En contra: art. 13 ley de matrimonio civil; 547 Anteproyecto de Bibiloni; 341 Proyecto argentino de 1936; 70 del Esboço de T. de Freitas.

Nos separamos del art. 13 de la ley de matrimonio civil porque la sanción que estatuye es desproporcionada con la infracción en que el menor ha incurrido al contraer nupcias sin la autorización necesaria, al privarle de la posesión y administración de todos sus bienes, salvo la cuota alimenticia que el Juez podrá fijarle, pues, siendo el matrimonio una institución jurídica singular, que no tiene de contrato, sino el consentimiento de los contrayentes, aun siendo anulable, por falta de la autorización de los padres, tutores o curadores del menor o la del Juez, en su caso, puede consolidarse por la mayoridad del menor, o cualquiera sea la edad, cuando la esposa hubiere concebido. Privar, en tales condiciones, al menor de la posesión y administración de sus bienes, es reducirle a punto menos que a la indigencia. Por eso, optamos por la vieja sanción de los códigos portugués, español, alemán y brasileño de someterlos al régimen legal de separación de bienes, a propósito de la cual dice don José María Manresa y Navarro que: "En la mayoría de los casos, no llevan los arrebatos de una pasión a despreciar el imperio de la ley, sino que inducen a hacerlo las conclusiones de un cálculo frío y por largo tiempo elaborado.

"En muchos casos, agrega, se evita de este modo que un hábil seductor se apodere por medio del matrimonio del caudal de su víctima, los malbarate y destroce, pagando con el capital de la mujer el menosprecio y deshonra de la misma, y distrayendo cuanto constituye el porvenir de los hijos en provecho de gentes extrañas, con general escándalo y sin esperanza de remedio" (ver autor cit. comentarios al Código Civil español, t. I, pág. 291, 3ª. edición y Felipe Sánchez Román, estudios de derecho civil, t. 5º, volumen 1º, derecho de familia, Nº 4, pág. 545).

No otra es la sanción del art. 1364 del C. alemán, el cual estatuye que: "**La administración y el disfrute del marido no tendrán lugar si contrae el matrimonio con una mujer de capacidad negocial limitada, sin consentimiento de su representante legal**". Es la separación de bienes estatuida por el art. 1426 del mismo Código. Inspirado en estas normas estatuye el art. 684 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni que: "**La celebración de un matrimonio por un menor de edad, sin autorización suficiente, impide el establecimiento de la sociedad conyugal mientras no haya cumplido la mayor edad**". Esta obra legislativa, sin embargo, no regula el régimen de separación de bienes, que en el caso sub examen mal podría tener lugar, dado que por el art. 547 el menor queda privado de la posesión y administración de sus bienes. Si, pues tiene padre,

administrador de los bienes hereditarios de su hijo o hija menor de edad, o tutor, también administrador de esos bienes, retendrá la posesión y administración de ellos, exponiendo al menor a sufrir dentro del hogar una situación ingrata en relación a la posición económica de su consorte, sin otros recursos que su pensión alimenticia, fijada sobre sus rentas, o sobre su capital.
Nuestro art. 151 no incurre en esta contradicción. El menor que se casa sin autorización de su representante legal, entra en posesión y administración de sus bienes propios, pero bajo el régimen legal de separación, en la que no se da la comunicación de gananciales

CAPITULO IV

De las diligencias previas

Art. 152. — Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán por sí o por apoderado ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil del domicilio de cualquiera de ellos, y le manifestarán verbalmente su intención, la que será consignada en un acta autorizada por el oficial público y firmada por los futuros esposos y dos testigos. Si los futuros esposos no supieren o no pudieren firmar, firmará a su ruego otra persona.

Ver: art. 17 ley de matrimonio civil; 551 del Anteproyecto de Bibiloni; 342 Inc. 1º Proyecto argentino de 1936; 63 C. francés; 93 C. italiano; 1316 C. alemán; 66 C. venezolano; 101 del C. peruano; 116 y 117 del C. nicaragüense; 112 del C. hondureño; 117 del C. ecuatoriano; 128 del C. colombiano; 1075 del C. portugués; 180 C. brasileño; arts. 151 a 155 del C. mexicano.
Mira la diligencia prescripta por este precepto a dar publicidad al matrimonio concertado por los novios y facilitar así al encargado del Registro del Estado Civil, llamado a autorizarlo, previas las publicaciones de estilo, el conocimiento de las causales que podrían invocarse para que las personas legalmente autorizadas puedan formular su oposición fundada en cualquiera de los impedimentos estatuidos en los arts. 141 a 150.
Viene este trámite previo a la celebración del matrimonio del derecho positivo de la "proclamatio, demutatio, publicatio matrimonii" del Derecho canónico, y sólo es propio de la legislación de las naciones constituidas bajo el signo de la religión cristiana, tanto que las caídas en el ateísmo, como la Rusia bolquevique, sólo exigen el registro del matrimonio, como única solemnidad del acto, sin diligencias previas (ver Eliachevitch, Tager y Nolde, Traité de Droit Civil et Commercial des Soviets, t. III, pág. 298 y ss.).

Art. 153. — En el acta debe expresarse:

1.—los nombres y apellidos de los novios;
2.—su edad;
3.—su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento;
4.—su profesión;
5.—los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, profesión y domicilio;
6.—si antes han sido o no casados, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución.

Ver: art. 18 ley de matrimonio civil; 552 Anteproyecto de Bibiloni; 343 Proyecto argentino de 1936.

Art. 154. — Los futuros esposos deberán presentar en el mismo acto.

1º) Testimonios de sus respectivas partidas de nacimiento;

2º) Si uno o ambos fueren menores de edad, la declaración hecha en escritura pública de las personas cuyo consentimiento es exigido por la ley para que aquellos puedan contraer matrimonio, a no ser que, presentes en el acto, la expresaren verbalmente. Si hubiere venia judicial, se acompañará copia certificada del auto correspondiente;

3º) Copia certificada de la sentencia firme que anuló o disolvió el matrimonio precedente, y en su caso, el instrumento que acredite la muerte del cónyuge anterior.

4º) Dos testigos de su vecindad que, por el conocimiento personal que tengan de los contrayentes, declaren bajo la fe del juramento sobre su identidad y que los creen hábiles para contraer matrimonio.

Los padres, tutores o curadores, que presten su consentimiento ante el Oficial Público, firmarán el acta a que se refiere el art. 153.

Ver: arts. 19 ley de matrimonio civil; 553 Anteproyecto de Bibiloni; 342 Proyecto argentino de 1936.
No hay interés en alterar estos antecedentes. Sólo a propósito de los testigos hemos agregado que deben ser de la vecindad de los futuros esposos, porque no sería propio que su identidad fuese acreditada por la declaración de dos extranjeros o transeuntes sin arraigo en el lugar, no siempre documentados sobre su propia identidad.
La fe del juramento debe ser prestada por los testigos del acto para que probada su falsedad puedan ser perseguidos por la justicia del crimen, como perjuros.

Art. 155. — En el mismo acto a que se refiere el artículo anterior preguntará el Oficial Público a los futuros contrayentes si quieren convencionar sus capitulaciones matrimoniales o no, advirtiéndoles que de no hacerlo, quedarán sometidos al régimen legal de separación de bienes. En caso afirmativo, les explicará que el régimen convencional y subsidiario es el de comunidad limitada de gananciales, constituido con los requisitos del art. 257 a 268 de este Código, cuyo texto les será leído, y que el régimen legal de separación de bienes es el regido por los arts. 248 a 256.

Sin antecedentes en el Código argentino, ni en el Anteproyecto de Bibiloni, ni en el Proyecto argentino de 1936, inspirados en el principio de la subordinación de la mujer mayor de edad casada a la potestad marital. Nuestro art. 155 es, desde este punto de vista, una radical reforma de nuestro Derecho de familia, conforme con el principio constitucional de la igualdad civil de los sexos en el matrimonio, consagrado por el art. 22 de la Carta del 40 y por la Convención Interamericana sobre concesión de los Derechos civiles a la mujer, suscrita por el Paraguay en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, reunida del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948, y ratificada por la ley paraguaya Nº 104 del 25 de Agosto de 1951.
La necesidad de que la familia reconozca por su jefe al marido, a quien la mujer ha de reverenciar, como la romana a la majestas, vivorum, que decían Valerio Máximo y Tito Livio, no justifica la capitis deminutio impuesta a la mujer soltera mayor de edad por el hecho de franquear la puerta de la casa de su esposo, reducida a la condición de una incapaz de obrar, necesitada de tutor para los principales actos de la vida civil como por ejemplo, para comparecer en juicio, para obligarse, para enajenar sus bienes, en una época en que la mujer se ha impuesto por su superioridad biológica al hombre en condiciones de absoluta igualdad para el goce y ejercicio de sus derechos civiles.
El régimen legal de separación, objetable por la incomunicación de gananciales, se ha perfeccionado por la adopción del sistema de la participación consagrado por el Derecho consuetudinario húngaro; la ley sueca de 11 de junio de 1920; la ley danesa del 18 de marzo de 1925; la ley noruega de 1927; la ley finlandesa del 13 de junio de 1929; y caracterizado por la igualdad e independencia patrimonial de los esposos durante su unión, pero regida al tiempo de su disolución por las reglas de la comunidad, de suerte que cada uno de los esposos retira la mitad de los gananciales sumados de ambos, como si desde su origen hubieran estado sometidos al régimen de comunidad limitada de gananciales (ver: Imre Zajtay y Eduardo Vaz Ferreira, Contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación, Montevideo, 1950; y Eduardo Vaz Ferreira, Los regímenes matrimoniales en derecho comparado, Montevideo, 1958).
Tal es el sistema que Colombia consagró por el art. 1º de su Ley Nº 28 de 1932, el cual preceptúa que: "Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".
No otro es el régimen legal instituido por la ley uruguaya Nº 10.783 del 18 de setiembre de 1946, cuyo art. 2º estatuye que. "La mujer casada tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, de sus frutos, del producto de sus actividades y de los bienes que pueda adquirir, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 5º de la presente ley.
"En caso de disolución de la sociedad conyugal, el fondo líquido de gananciales se dividirá por mitades entre marido y mujer o sus respectivos herederos".
En idéntico sentido al de nuestro art. 155 preceptúa el art. 76 del Código de Costa Rica que "Si no hubiere capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio, de los que adquiera durante él por cualquier título y de los frutos de unos y otros".
Y el art. 77 agrega: "Sin embargo, los bienes existentes en poder de los cónyuges al disolverse el matrimonio o adquiridos durante él por título lucrativo, se considerarán comunes y se distribuirán por igual entre ambos cónyuges".
"No serán comunes, aunque adquiridos durante el matrimonio, los bienes existentes al disolverse éste, si se prueba que fueron comprados con valores propios de uno de los cónyuges, destinados a ello en las capitulaciones matrimoniales; o que la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de alguno de los cónyuges".
"Es permitido renunciar en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final".
Que este régimen es el único conciliable con el principio de la igualdad civil de los sexos en el matrimonio, es verdad confirmada por el art. 78 del mismo Código, el cual preceptúa que: "Es permitida la contratación entre los cónyuges, y la mujer no necesita autorización del marido ni del juez para contratar ni para comparecer en juicio".
"Esta disposición se extiende a los matrimonios contraídos bajo la legislación anterior".
Si estos antecedentes no bastaran a convencer a los renuentes a la reforma ya iniciada con la ley paraguaya Nº 236, siquiera infelizmente frustrada en sus fines esenciales por manos extrañas a las nuestras, véase el art. 169 del Código de Honduras, el cual estatuye que: "Los cónyuges pueden, antes o después de celebrar el matrimonio, arreglar todo lo que se refiera a sus bienes. Este convenio deberá constar en escritura pública debidamente inscripta.
"Si no hubieren capitulaciones matrimoniales, cada cónyuge queda dueño y dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiera durante él por cualquier título.
"La sociedad conyugal contraída en virtud de leyes anteriores, seguirá produciendo sus efectos; pero los cónyuges podrán otorgar capitulaciones matrimoniales para separarse parcial o totalmente de bienes, inscribiéndose la escritura pública en el correspondiente Registro de la Propiedad".
Y su art. 172 agrega: "Los bienes existentes en poder de los cónyuges, al disolverse el matrimonio, si no se prueba que fueron introducidos al matrimonio o adquiridos durante él por uno de ellos, se considerarán comunes y se distribuirán entre ambos cónyuges.
"Es permitido renunciar en las capitulaciones a las ventajas de la distribución final".
No hace falta trascribir los arts. 153 y 156 del C. Civil de Nicaragua, idénticos, como son, a los arts. 169 y 172 del análogo Código de Honduras. Estatuye el art. 104 del Código de Guatemala que: "Si los contrayentes no hubieren celebrado capitulaciones por no estar obligados a ello, cada cónyuge queda dueño y

dispone libremente de los bienes que tenía al contraer matrimonio y de los que adquiera durante él, por título gratuito o con el valor de unos y otros".
He aquí un régimen legal de separación limitado a los bienes de aporte, pues, el art. 106 confía al marido la administración de la comunidad de bienes constituida, según el art. 105, por: a) los frutos de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, deducidos los gastos de producción, reparación, conservación y cargas fiscales y municipales de los respectivos bienes; b) los que se compren o permuten con esos bienes; c) los que adquiera cada cónyuge por su trabajo, empleo, profesión o industria; y d) los bienes que existieren al disolverse el matrimonio, si no constare de una manera clara, a quién de los cónyuge pertenece.
Mas por la segunda parte del art. 106, cualquiera de los cónyuges tendrá derecho a dar fin a esta comunidad, mediante separación de bienes.
La comunidad de gananciales es régimen meramente supletorio en este Código.
Queda así evidenciado que el único régimen conciliable con la igualdad civil de los sexos en el matrimonio, es el régimen legal de separación que al disolverse el matrimonio se liquida como si fuere de comunidad de gananciales.
Tanto el Anteproyecto de Bibiloni, como el Proyecto argentino de 1936 incurren en contradicción al abrogar, por una parte, la incapacidad relativa de obrar de la mujer casada, estatuida por el art. 55 inc. 2º del Código Civil, como ya lo preceptuó el art. 1º de la ley argentina Nº 11.357, y al negar a la mujer el derecho de ejercer cualquier profesión o industria por cuenta propia, o de efectuar cualquier trabajo fuera de la casa común "sin la autorización del marido" (art. 606 Anteproyecto de Bibiloni y 365 del Proyecto argentino de 1936), y al confiar al marido la administración legal de la comunidad de bienes (art. 696 Anteproyecto de Bibiloni y 418 del Proyecto de 1936), por otra parte.
La administración legal de la comunidad de bienes confiada al marido subvierte el principio de la plena capacidad de obrar de la mujer casada, sobre todo de la mujer mayor de edad.
Esta antinomia fue trasegada a los arts. 5º y 33 de la ley paraguaya Nº 236, en un precipitado examen y decisión de la Cámara de Representantes, con que se sumió al foro en confusiones que este Código se propone despejar, si el Congreso le presta su aprobación.

Art. 156. — La contestación que los futuros contrayentes den a la pregunta anterior del oficial público encargado del Registro del Estado Civil, se incorporará al acta a que se refiere el art. 154. Si uno de ellos o los dos fueren menores de edad y expresaren su voluntad de convencionar capitulaciones matrimoniales, el oficial público requerirá la conformidad de sus padres o tutores o la autorización del Juez, sin cuyo requisito el contrato no valdrá; y acto seguido les entregará un formulario impreso de dichas capitulaciones por las que se convencione la comunidad limitada de gananciales sobre las siguientes bases:

I) La lista detallada de los bienes inmuebles que cada consorte lleva al matrimonio, con expresión de su valor y de los gravámenes que soporten;

II) La lista especificada de los bienes muebles, semovientes y de las cosas fungibles que cada consorte introduzca al matrimonio;

III) Nota pormenorizada de las deudas que cada contrayente tenga a la fecha del contrato, con expresión de si la comunidad ha de responder de ellas, o únicamente de las que se contraigan durante el matrimonio, ya sea por ambos contrayentes o por cualquiera de ellos;

IV) La declaración expresa de que la comunidad ha de ser limitada a los gananciales de los bienes presentes y de los que con posterioridad adquiera cada uno, sea por compra con valores propios, o por subrogación de sus bienes propios que hubieren enajenado, que no sean de los reservados de la mujer, excluidas las deudas personales presentes y futuras contraidas en atención a necesidades ajenas a la comunidad;

V) La declaración de quién ha de ser el administrador de la comunidad, expresándose con claridad las facultades de administración y disposición que se le conceden, pudiendo serlo uno u otro de ambos contrayentes o los dos conjuntamente, según la clase de bienes, o alternativamente o en cualquier otra forma que crean buena, incluso la de confiar la administración a tercera persona;

VI) No será lícita ninguna cláusula que comprometa indefinidamente ningún derecho de los contrayentes.

VII) Las bases para liquidar la comunidad, llegado el caso.

Ver: art. 189 C. mexicano; 1526; 1498 y 1499 C. francés; 215, 216, 218 del C. italiano de 1942; 1131 del C. portugués; 1523 y ss., del C. alemán; 269 a 275 del C. brasileño; 1724 del C. chileno; 1947 del C. uruguayo; 1780 del C. colombiano; 1773 del C. ecuatoriano; 153 del C. nicaraguense; 75 del C. costarricense; 150 del C. Civil Panamericano de F. Cosentini; 225 del Anteproyecto de C. C. boliviano de Angel Ossorio, etc.

Art. 157. — Si el futuro esposo hiciere por sus capitulaciones matrimoniales donación de inmuebles a su futura esposa, o dispusiere en su favor de algún derecho real sobre bienes ajenos o constituyere en su favor derechos reales sobre bienes de su pertenencia, de que deba to-

marse razón en el respectivo Registro, la donación o la constitución de derechos reales debidamente aceptados deberán hacerse, bajo pena de nulidad, en escritura pública por acto separado de las capitulaciones, sin perjuicio de la referencia que en éstas se haga de dichas liberalidades.

Ver: arts. 191, 192, 194 y 195 de la ley paraguaya Nº 325.

Art. 158. — Los actos de liberalidad a que se refiere el artículo anterior y los hechos por terceros en consideración a las bodas quedarán sin efecto si el matrimonio no se celebra o si celebrado es anulado.

Ver: arts. 1238 y 1246 in fine del C. argentino, arts. 25 y 27 ley paraguaya Nº 236; art. 663 Anteproyecto de Bibiloni y 403 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 159. — Es nula toda donación recíproca que los futuros esposos se hicieren por sus capitulaciones matrimoniales, de los bienes que dejaren por su fallecimiento, y la convención en cuya virtud uno de los consortes haya de percibir todas las utilidades o todas las rentas que produzcan los bienes aportados por cualquiera de ellos al matrimonio, así como la que establezca que alguno de los contrayentes sea responsable de las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que proporcionalmente corresponda a su capital o utilidades.

Cualquiera duda que se suscite acerca del verdadero sentido o de la validez de una o más cláusulas de las capitulaciones, serán resueltas por las reglas que rigen la interpretación de los contratos y especialmente del contrato de sociedad, en cuanto no se oponga a lo expresamente dispuesto por este Código respecto del régimen de comunidad de bienes.

La futura esposa o la esposa, en su caso, no podrá hacer por sus capitulaciones matrimoniales, ni por acto separado, donación alguna a su futuro esposo o a su esposo, en su caso, ni renuncia de ningún derecho personal o patrimonial instituido a su favor.

Ver: sobre el primer párrafo, Bibiloni, nota al art. 660 de la primera redacción de su Anteproyecto (t. I pág. 274, edición Kraft); y en cuanto al último, art. 1231 C. argentino e in fine del 661 de la primera redacción del citado Anteproyecto.
En cuanto al segundo parágrafo, ver el art. 190 del Código mexicano.
Respecto al parágrafo 3º ver el art. 1262 del C. argentino.

Art. 160. — Las capitulaciones matrimoniales así estipuladas serán homologadas en la misma acta por el oficial público, de todo lo cual les dará copias duplicadas de un mismo tenor para uso y guarda de los derechos de ambos contrayentes.

Si éstos presentaren al oficial público sus capitulaciones matrimoniales formalizadas en escritura pública, con antelación al acto, las homologará igualmente si se la hubiere otorgado con la conformidad de los padres, tutores o autorización judicial y mandará que de ellas se tome razón en el Registro especial que se habilitará a cargo de la Dirección del Registro de la Propiedad.

Las capitulaciones matrimoniales así otorgadas no producirán efecto respecto de terceros sino desde su toma de razón en el Registro respectivo

Ver: art. 23 de la ley paraguaya Nº 236.

Art. 161. — Las capitulaciones matrimoniales y su toma de razón quedarán sin efecto si el matrimonio no se celebra.

Art. 162. — Cumplidas las formalidades de los artículos precedentes, el oficial público hará conocer el propósito de contraer matrimonio manifestado por los prometidos, por medio de edictos fijados por ocho días en el exterior de su oficina. En ellos se expresará circunstanciadamente el nombre y apellido de los futuros esposos, su profesión, domicilio, o residencia, así como la fecha en que habrá de celebrarse el matrimonio.

Ver: Omitido este trámite en la ley de matrimonio civil, Bibiloni esbozó el art. 554 de la primera redacción de su Anteproyecto, y la comisión argentina de reformas del Código el art. 344 de su proyecto del que trasegamos el art. 162 de este Código para suplir la omisión.
El derecho positivo se ha inspirado así en las proclamas prescriptas por el Concilio Tridentino y puestas a cargo de los párrocos, que deben ser públicas y hechas en tres domingos o fiestas consecutivas, en la iglesia, durante la celebración de la santa Misa, para dar a conocer las personas que tratan de contraer matrimonio, y permitir que los parroquianos que sepan de algún impedimento, lo denuncien. El Párroco bendecirá la unión **in facie ecclesiae** sólo después de hacerse patente la ausencia de impedimento (ver Knecht, opús cit. parág. 22, pág. 138).
Viene de aquí lo estatuido en los arts. 93. C. italiano; 89 C. español; 63 del C. francés; 1076 del C. portugués; 106 C. C. suizo; 1316 C. alemán; 181 C. brasileño; 68 C. venezolano; 103 C. peruano; 104 C. de Luisiana; 130 Inc. 2º C. colombiano; 118 C. ecuatoriano; 119 C. nicaragüense; 115 C. hondureño; 85 del C. guatemalteco; 8º del C. boliviano etc., y art. 1022 y 1024 C. canónico.

Art. 163. — Si pasados ciento ochenta días desde la publicación del edicto a que se refiere el artículo anterior no se celebrara el matrimonio, sin embargo de no haberse formulado oposición, la publicación se considerará como no verificada.

Ver; art. 99 Inc. 2º C. Italiano.

Art. 164. — No podrá celebrarse el matrimonio antes de transcurridos los ocho días de la publicación de los edictos.

Podrá prescindirse de este plazo si uno de los prometidos se encontrare en peligro de muerte que no permitiere postergar el matrimonio. Si el peligro invocado no fuere manifestado, el oficial público exigirá certificado médico que lo acredite.

Ver: art. 555 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 165. — Durante el término de los edictos, podrá deducirse oposición al matrimonio, ante el oficial público que autorizó las diligencias previas.

Compete este derecho: 1º) al cónyuge de la persona que intenta contraer nuevas nupcias; 2º) a los parientes de cualquiera de los prometidos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad; 3º) a los parientes en grado sucesible del marido difunto cuando su viuda intentare contraer segundas nupcias antes de los trescientos días siguientes al fallecimiento de su esposo; 4º) al ministerio público, siempre que tuviere la prueba de uno de los impedimentos establecidos por los arts. 141 a 150 de este Código. La oposición sólo podrá fundarse en estos impedimentos.

Ver: arts. 21 y 22 de la ley de matrimonio civil; 556 del Anteproyecto de Bibiloni; 345 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 166. — Los padres, tutores y curadores podrán deducir oposición por sólo la falta de su consentimiento, sin que los primeros estén obligados a manifestar las razones de su oposición. Los tutores y curadores podrán oponerse cuando crean que el interés de sus pupilos lo aconseja. El Juez de la tutela podrá, empero, autorizar el matrimonio por graves motivos o suspender su decisión por un término prudencial, previa audiencia verbal del incapaz y los opositores, sin que le sea necesario expresar los fundamentos de su decisión.

Contra la oposición de los padres no se admitirá recurso alguno.

Ver: arts. 170 y 171 del C. Civil y su reforma por el art. 23 y 24 de la ley de matrimonio civil, que impugnado por Bibiloni han sido substituidos por los arts. 560 y 561 de la primera redacción de su Anteproyecto, y por el art. 346 del Proyecto argentino de 1936, del que nuestro art. 166 no es sino trasiego.
La verdad es que el sistema de la ley de matrimonio civil permite que un niño de 14 años o una niña de 12 años cumplidos pueda arrastrar a su padre a los tribunales a fundar su oposición sólo porque tiene el usufructo de sus bienes, como si a tal edad pudiesen saber mejor que su progenitor lo que convenga a su felicidad, y a exponerle a perder la incidencia, con más las costas, porque no le fuere dado probar que hay enfermedad contagiosa, o conducta inmoral en el futuro cónyuge, o condenación por delitos, o falta de medios de subsistencia. "Poco importa —agrega Bibiloni— que la niña se haya comprometido con un aventurero, o un cazador de herederas, o un individuo de costumbres censurables, o que el joven se haya dejado catequizar por una persona de edad sospechosa, o de educación y profesión objetables. El padre es desoído en una oposición bien fundada, sin embargo. Lo que él no acepta, lo acepta el juez". (autor y opus cits. t. I, pág. 205, edición Kraft).
La fuerza de cosa juzgada conferida por nuestro artículo a la oposición de los padres por falta de consentimiento de sus hijos menores de edad, o sea de aquellos que no han alcanzado la mayoría matrimonial de

18 años para el varón y de 16 para la mujer, fijada por el art. 141 de este Código en cuanto no es susceptible de recurso alguno, severidad es, sin duda, propia del laicismo del derecho civil, hasta ahora influido por la tradición milenaria del derecho romano y de la legislación de las naciones de la Europa central, que recibieron su herencia, como un legado espiritual para la organización de la familia. Es así cómo el art. 1305 del Código alemán estatuye que: **"Para contraer matrimonio, el hijo legítimo necesita, hasta los 21 años cumplidos, de la autorización de su padre"**... y el art. 98 del C. C. suizo preceptúa que: **"El menor no puede casarse sin el consentimiento de su padre y madre o de su tutor"**. La mayoridad para el matrimonio se alcanza en Suiza a los 18 años. El art. 1058 del C. C. portugués dispone que:**"Está prohibido el matrimonio: 1º) A los menores de 21 años y a los mayores incapacitados para gobernar su persona y bienes, mientras no obtengan el consentimiento de sus padres o de aquellos que los representen, en los términos que prescribe el art. 1061"**. El Código brasileño estatuye por su art. 183 inc. XI) que **no pueden casarse los sometidos a la patria potestad, tutela o curatela, mientras no obtengan el consentimiento del padre, tutor o curador"**. Y su art. 209 preceptúa que es anulable el matrimonio contraído con infracción de los incs. IX a XII del art. 183.

El art. 148 del C. francés preceptúa que :**El hijo que no tenga 25 años cumplidos, y la hija que no haya cumplido los 21, no pueden contraer matrimonio sin consentimiento de sus padres: en caso de discenso, basta el consentimiento del padre"**. Mas una ley francesa del 21 de junio de 1907 suprimió esta mayoridad matrimonial y permitió que los jóvenes se casen sin el consentimiento de sus parientes desde que han cumplido 21 años, con el objeto de suprimir el número de uniones ilegítimas (ver Planiol, opus cit. t. I, Nº 744, pág. 264).

En América, ocurre otro tanto. Así, el art. 107 del C. chileno prohibe el matrimonio de las personas que no hayan alcanzado la mayoridad matrimonial, sin el consentimiento de su padre legítimo, o a falta de padre legítimo, el de la madre legítima, o a falta de ambos, el del ascendiente o ascedientes legítimos de grado más próximo. Análogos son el art. 117 del C. colombiano; 113 del C. ecuatoriano; 89 del C. peruano; 98 inc. 2º del C. hondureño; 112 inc. 1º del C. nicaraguense; 86 del C. guatemalteco; 57 inc. 1º del C. costarricense, etc.

Por oposición a este rigor del derecho civil laico, el derecho canónico ha adoptado desde hace mucho tiempo la doctrina de la validez del matrimonio contratado sin el consentimiento del padre de familia y el Concilio de Trento así la proclamó solemnemente en su sesión XXIV, y lanzó su anatema contra los partidarios de la nulidad.

Esmein, citado por Planiol, dice que el derecho canónico favorece la conclusión de los matrimonios. Empuja al matrimonio a todos aquellos que no se sientan capaces de sobrellevar el estado superior de virginidad o de continencia y que no se han obligado por votos solemnes... Para facilitar la conclusión de los matrimonios a la edad en que las pasiones tienen su mayor fuerza, ha debilitado la patria potestad y la autoridad de la familia; ha declarado capaces de casarse, por su propia autoridad, a todas las personas púberes" (ver in Planiol, opus cit. t. I, Nº 745, nota 1, pág. 265).

Para el derecho canónico el consentimiento constitutivo del matrimonio es el que prestan los contrayentes, manifestado externamente y hecho de presencia (ver Knecht, opus cit. parág. 43, pág. 413).

Cuanto a la autoridad conferida a la oposición del padre, bueno es saber que lo preceptuado por el art. 166 de este Código, no es novedad legislativa. El art. 97 del C. peruano estatuye que: **"Contra el discenso de los padres y demás ascendientes no se dá recurso alguno"**.

Los "graves motivos" que dice nuestro artículo, en consideración a los cuales podría el Juez desoir la oposición de los tutores y curadores, no podrían ser otros que los inspirados por la necesidad de proteger el honor de la novia si, por haber compartido el lecho con su prometido, quedase embarazada y urgiese cubrir su preñez con el matrimonio.

Art. 167. — La oposición se formulará verbalmente o por escrito, con expresión de: 1º) el nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio del opositor; el parentesco que lo vincule a uno de los futuros esposos o sea el título o carácter, en cuya virtud proceda; 2º) el impedimento en que se funda su oposición y los instrumentos o pruebas que lo evidencien.

Deducida verbalmente la oposición, levantará el oficial público acta circunstanciada de todo lo expuesto por el opositor, que firmará éste, y no sabiendo o no pudiendo hacerlo, dos testigos presenciales del acto.

Si la oposición se dedujere por escrito, el oficial público lo transcribirá en el libro de actas con las mismas formalidades.

Ver: arts. 27 y 28 ley de matrimonio civil; 562 y 563 del Anteproyecto de Bibiloni; y 347 Proyecto argentino de 1936.

Art. 168. — No ajustándose la oposición a los extremos del artículo precedente, el oficial público la rechazará, de oficio en acta de que se notificará al opositor.

Si la oposición estuviere en forma, correrá vista de ella por tres días a los futuros contrayentes para que expresen si admiten o no la causal invocada. En caso afirmativo, no podrá autorizarse el matrimonio. En caso negativo, el oficial público elevará copias de las actuaciones y de los instrumentos probatorios presentados, al Juez de Primera Instancia en lo Civil de turno, y se suspenderá la celebración del matrimonio hasta la decisión de la controversia.

Ver: arts. 29, 30 y 31 de la ley de matrimonio civil; 565 y 566 Anteproyecto de Bibiloni; 348 Proyecto argentino de 1936.

Art. 169. — Los tribunales civiles substanciarán y decidirán la oposición en juicio breve y sumario con citación fiscal y remitirán copia lega-

lizada de la sentencia definitiva al oficial público ante quien aquella se hubiere promovido, para que se ajuste a su parte dispositiva, la anote al margen del acta labrada a tenor del art. 167 y luego la archive.

Si la oposición fuere rechazada, el opositor cargará con las costas y costos del juicio.

Ver: art. 32 a 34 de la ley de matrimonio civil; 567 a 569 del Anteproyecto de Bibiloni; 349 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 170. — Fuera de las partes autorizadas por el art. 165 para formular oposición, no será admitida la denuncia de ella por cualquiera del pueblo aun cuando ofrezca indemnizar los daños y perjuicios que ocasionare si procediere con malicia.

Es lo contrario de lo preceptuado por el art. 35 de la ley de matrimonio civil; y de lo esbozado en los artículos 570 del Anteproyecto de Bibiloni y 350 del Proyecto argentino de 1936, porque el matrimonio no puede ser expuesto, en consideración a un interés público, a que la oposición sea empleada como instrumento de persecución a los novios, y porque facultándose por el inc. 4º del art. 165 al Ministerio Público a formular oposición si tuviere pruebas de uno de los impedimentos, el interés público queda plenamente servido. Tampoco sería admisible que bajo la sola promesa de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a los novios se permita que cualquiera del pueblo pueda oponerse a la celebración de un matrimonio. Un prometido anterior despechado tendría a su alcance un arma insidiosa para agraviar a los futuros contrayentes con ocasión de realizar promesas tan solemnes en un acto que la religión ha revestido de la dignidad de sacramento y cuya recepción, la sociedad de amigos y clientes aguarda con simpatía. Lejos de obstaculizar con acechanzas el matrimonio, debe la ley propender a su realización.

CAPITULO IV

De la celebración del matrimonio

Art. 171. — El matrimonio debe celebrarse públicamente, a puertas abiertas, en el despacho y ante el encargado del Registro del Estado Civil que intervino en la promoción de las diligencias previas, con la presencia de los futuros esposos o la de sus apoderados, munidos de poder especial en el cual se designe expresamente la persona del otro contrayente con quien el poderdante ha de contraer matrimonio, a presencia de dos testigos mayores de edad y con las formalidades que este Código prescribe.

Sólo en el caso de que uno o ambos contrayentes, por enfermedad, mutilación u otro impedimento físico que le impida trasladarse personalmente al despacho del encargado del Registro Civil, debidamente acreditado por certificación de un médico, donde lo hubiere, o en su defecto por declaración de dos testigos mayores de edad, el oficial público y su secretario se trasladarán al domicilio del o de los impedidos y allí, también a puertas abiertas y a presencia de cuatro testigos, procederá a la celebración del matrimonio.

Ver: arts. 37 y 38 del C. argentino; 572 y 573 del Anteproyecto de Bibiloni; 351 a 353 del Proyecto argentino de 1936; 106 y 110 C. italiano; 192 y 193 C. brasileño; 75 y 165 C. francés; 116 C. C. suizo; 100 C. español; 83 C. uruguayo; 1320 C. alemán; 16 de la ley chilena del 10 de enero de 1884; 81, 82, 85 86 y 87 C. venezolano; 114 y 118 C. peruano; 135 C. colombiano; 115 y 116 del C. ecuatoriano; 146 del C. mexicano; 60, 66 y 67 del C. costarricense; 137 del C. nicaraguense; 127, 131 a 134 C. hondureño; 85 del C. guatemalteco; 103 y 107 del C. de Luisiana, etc.

Art. 172. — Seguidamente el oficial público procederá a la celebración del matrimonio, el cual comenzará por la lectura de los arts. 180, 181 y 183 de este Código y será seguida inmediatamente de la recepción solemne que hará a presencia de los testigos, del recíproco consentimiento de los contrayentes, expresado por declaración hecha de viva voz de cada uno de ellos en contestación afirmativa a las preguntas que les dirigirá uno después del otro de si quieren tomarse por marido y mujer respectivamente, hecho lo cual, invocando la autoridad de la ley los declarará unidos en legítimo matrimonio. La declaración de los esposos de tomarse respectivamente por marido y mujer, no puede ser subordinada ni a término ni a

condición. Si las partes agregaran un término o una condición, el oficial público no podrá proceder a la celebración del matrimonio.

De todo lo obrado se levantará inmediatamente acta que, previa su suscripción por los contrayentes y los testigos, será autorizada por el encargada del Registro del Estado Civil, refrendada su firma por la de su secretario actuario, y se entregará copia fehaciente de ella a los interesados. Si alguno de los contrayentes no supiere o no pudiere firmar, el acta será suscrita a su ruego por una persona mayor de edad que no sea testigo del acto.

Ver: arts. 39, 43 y 45 de la ley de matrimonio civil; 575, 576, 577 y 579 del Anteproyecto de Bibiloni; 354 del Proyecto argentino de 1936; 107 y 108 C. Italiano; 194 C. brasileño; 75 y 165 C. francés; 117 y 118 C. C. suizo; 317 y 1318 C. alemán; 88 y 89 C. venezolano; 114 C. peruano; 17 y 18 de la ley chilena del 10 de enero de 1884; 135 C. colombiano; 124 C. ecuatoriano; 67 del C. costarricense; 133 y 134 del C. hondureño; 127 y 128 del C. nicaraguense; 107 C. de Luisiana.

Art. 173. — Si alguno de los contrayentes, interrogado que fuere por el encargado del Registro del Estado Civil, negare la solemne afirmación de su voluntad, o declarare que su voluntad no es libre ni espontánea, o manifestare que se arrepiente, el acto será inmediatamente suspendido y de ello se dejará constancia en acta labrada a presencia de los testigos, firmada por todos los que intervengan en el acto y autorizada por el oficial público con su firma, refrendada por la de su secretario actuario.

Ver: art. 197 del C. Civil del Brasil. Reproduciendo a este propósito Bevilaqua la sentencia de Eugenio IV según la cual "causa efficiens matrimonii est mutuus consensus", juzga que siendo la coacción un impedimento matrimonial, no permite el Código Civil la solemnidad de la celebración del matrimonio si por cualquier modo, algunos de los novios expresare que no desea casarse, o se negare a afirmar, solemnemente, su voluntad, o declarare que se halla allí constreñido, o afirmare que se arrepiente (ver autor y opus cits. t. II, pág. 50). Explícase así que por el canon 1.081 se estatuya por el Código de derecho canónico que: "el consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad por el cual ambas partes se transmiten y reciben mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos idóneos para la generación de la prole, objeto formal del matrimonio". La transmisión de este derecho recíproco tiene lugar sobre la base de la absoluta igualdad de los sexos, tanto que según los doctores de la Iglesia "la mujer no tiene poder sobre su cuerpo, es el hombre quien lo tiene. Y correlativamente, el hombre no tiene poder sobre su cuerpo, es la mujer quien lo tiene, con que se explica, el deber recíproco de fidelidad que ambos se deben, consagrado por el art. 50 de la ley de matrimonio civil. Preceptúa este artículo que: "Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo". La idea de esta igualdad va implícita en el consentimiento.

Art. 174. — El acta de la celebración del matrimonio, expresará:

1º) La fecha y lugar del acto;

2º) El nombre y apellido, edad, profesión, domicilio y lugar del nacimiento de los contrayentes;

3º) El nombre y apellido, profesión, domicilio y nacionalidad de los padres de los respectivos esposos, si fueren conocidos;

4º) El nombre y apellido del cónyuge anterior, si alguno de los contrayentes hubiere sido ya casado;

5º) El consentimiento de los padres, tutores o el supletorio del Juez en los casos en que es requerido;

6º) La mención de si hubo oposición o denuncia, y de su rechazo, y la de haberse hecho las publicaciones del matrimonio proyectado;

7º) La declaración de que los contrayentes manifestaron su voluntad de tomarse recíprocamente por esposos, y la del oficial público de quedar unidos en nombre de la ley;

8º) El reconocimiento que los contrayentes hicieran de los hijos naturales comunes, si los tuvieren, que legitimen por su matrimonio;

9º) El nombre, apellido, edad, estado, profesión y domicilio de los testigos; y de la persona que por imposibilidad física o por no saber hacerlo, firmase el acta en su nombre y representación;

10º) En caso de celebrarse el matrimonio por apoderado, la mención del poder, con expresión de la fecha y lugar de su otorgamiento, y nombre y apellido del notario u oficial público que lo autorizó, cuyo testimonio se archivará en la oficina.

El oficial público entregará a los esposos copia fehaciente del acta de

matrimonio, librada en papel común y exento de todo impuesto fiscal o municipal.

Ver: Arts. 42 a 45 ley de matrimonio civil; 578 y 579 del Anteproyecto de Bibiloni; 355 Proyecto argentino de 1936; 107 C. italiano; 195 C. brasileño; 118 C. C. suizo; 18 de la ley chilena del 10 de enero de 1884; 98 C. uruguayo; 89 C. venezolano; 137 del C. colombiano; 124 C. ecuatoriano; 67 C. costarricense; 128 C. nicaraguense; 135 C. hondureño.

Art. 175. — El oficial público podrá prescindir de todas o algunas de las formalidades que deben preceder al casamiento, cuando se justificare con el certificado de un médico, donde lo hubiere, y en su defecto, con el testimonio de dos vecinos del lugar, mayores de edad, que alguno de los futuros esposos se halla gravemente enfermo de dolencia que haga temer por su vida, pero lúcido para manifestar su voluntad de casarse, lo que hará constar en el acta, archivándose aquel documento. Si hubiere peligro de frustrarse el matrimonio en artículo de muerte por la demora, podrá celebrárselo ante cualquier funcionario judicial o sacerdote de la Iglesia Católica quien levantará el acta con los requisitos del art. 172 y la remitirá al director del Registro del Estado Civil para que la traslade al Registro a su cargo.

En los dos supuestos del presente artículo, el acta respectiva será publicada durante ocho días por medio de avisos fijados en las puertas de la oficina.

Ver: art. 46 y 47 de la ley de matrimonio civil; 580 y 581 del Anteproyecto de Bibiloni; y 356 del Proyecto argentino de 1936.
Restringiéndose por el art. 46 de la ley de matrimonio civil su aplicación al hecho de querer el contrayente gravemente enfermo y en peligro de muerte "reconocer hijos naturales", juzga Bibiloni que tal extremo no es necesario para autorizar los matrimonios in extremis, dado que si los hijos naturales estuvieren ya reconocidos, quedarían legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres, y porque, además, pueden existir otros motivos respetables para regularizar situaciones de los contrayentes con sus familias.
Dada el acierto de esta observación, fue acogida por la comisión argentina de reformas del Código, por lo que el requisito del "reconocimiento de hijos naturales" fue omitido en el art. 580 del Proyecto de 1936, y así también lo hacemos nosotros en nuestro art. 174.

Art. 176. — Los ministros, pastores o sacerdotes de cualquier religión o secta no procederán a la celebración de un matrimonio religioso sin tener a la vista el testimonio del acta del matrimonio civil celebrado de acuerdo con lo dispuesto en el presente título.

Habilítase a los sacerdotes de la Iglesia católica con el carácter de oficial público del Registro del Estado Civil para que desempeñándose en misión pastoral o de catequesis en lugares apartados de los municipios o ciudades donde no hubiere un oficial público encargado del Registro del Estado Civil, puedan bendecir, conforme al rito católico, el matrimonio de las parejas de amancebados o no, previa comprobación de su habilidad para casarse con arreglo a los arts. 141 a 150 de este Código y con observancia en todo lo demás de los preceptos relativos a las diligencias previas, arts. 152 a 166, y a las solemnidades prescriptas para la celebración del matrimonio, arts. 171 a 174, con cargo de elevar todo lo actuado a la dirección general del Registro del Estado Civil para la traslación del acta respectiva en el libro habilitado al efecto. Los matrimonios así celebrados se reputan legítimos y surten, desde que se administre el sacramento, los efectos civiles que este Código señala al matrimonio civil en cuanto este beneficio no afecte derechos adquiridos por actos o contratos realizados por ambos cónyuges o por uno de ellos, con terceros.

Sin antecedente en la ley de matrimonio civil, cuya rigidez en esta materia supone existente en todos los rincones, aun los más apartados de la República, de oficiales encargados del Registro del Estado Civil, estrictez que no condice con la impotencia actual del Estado para llegar con su vasta y compleja organización administrativa a las poblaciones rurales remotas, que, por la distancia que las separa de las ciudades y municipios, asientos de Juzgados de Paz, punto menos que desconocen o ignoran la familia legítima. Aldeas hay que por el mal estado de los caminos son prácticamente inaccesibles a los vehículos automotores, de suerte que no viajando sino a pie o a caballo sus habitantes, sufren dificultades mil para que sus parejas de novios puedan formalizar su matrimonio ante un encargado del Registro del Estado Civil. Sumado este inconveniente a los que apareja la incultura, inducen el menosprecio de las formas legales para la regularización de la unión del hombre y la mujer, de donde viene su proclividad a la unión libre y su secuela de

relajamiento de las costumbres. Desde su nubilidad la mujer se halla expuesta a la caza de galanteadores audaces e irresponsables que al primer asomo de su paternidad se alejan a hurtadillas del teatro de su conquista, dejando a la engañada bajo promesa de casamiento, en el más triste de los abandonos, resignadas a sobrellevar con estoicismo los trances dramáticos de su temprana maternidad, destituidas de toda protección legal contra el burlador desalmado a quien acogió en un instante supremo de su existencia. Así nacen y se multiplican los hijos naturales de padres desconocidos o sólo reconocidos por sus madres. Las parejas de arrimados que hacen vida marital, llenan el vacío de los casados. Empujarlos a la regularización de su unión es un deber. Ninguna institución iguala a la Iglesia en este noble empeño que la ley no puede ni debe desdeñar por mera razón de laicismo, sin caer en un absurdo menosprecio del bien social perseguido por ella. A cooperar con ella en su apostolado civilizador mira el segundo parágrafo de nuestro art. 176, sin antecedente en el Código de Vélez Sarsfield, ni en la ley de matrimonio civil, pero sí en el art. 50 de la ley colombiana Nº 153 de 1887; el 124 del C. peruano, etc.
La primera parte de nuestro artículo, viene del art. 586 del Anteproyecto de Bibiloni, inspirado a su vez en el art. 110 de la ley de matrimonio civil.

CAPITULO V

De la prueba del matrimonio

Art. 177. — El matrimonio se probará con el testimonio fehaciente del acta de la celebración del matrimonio o por la certificación de la dirección general del Registro del Estado Civil acerca de la inserción del acta en el libro respectivo con reproducción de su fecha, lugar de su otorgamiento, y demás requisitos prescriptos por el art. 171 de este Código.

Ver: art. 96 de la ley de matrimonio civil; 1191 C. Civil; 358 Proyecto argentino de 1936; 194 C. francés; 130 C. italiano; 53 C. español; 1083 del C. portugués; 113 del C. venezolano; 202 del C. brasileño; 127 del C. peruano; 392 C. colombiano; 338 del C. ecuatoriano; 523 del C. nicaraguense; 317 del C. hondureño; 319 a 322 del C. guatemalteco.

Art. 178. — Probándose la imposibilidad de presentar el testimonio del acta de matrimonio por haberse destruido o perdido en todo o en parte el registro; o porque estuviere incompleto o hubiere sido llevado con irregularidad por culpa del oficial público; o porque éste la hubiere omitido, sin embargo de existir otros elementos de juicio que hagan verosímil su omisión, y se hubiere dictado sentencia firme por la que se de por probado cualquiera de tales extremos, se admitirán, como supletorias, las pruebas testifical e instrumental y toda otra que se juzgue adecuada y suficiente para que los interesados puedan reclamar el título de cónyuges y los efectos legales del matrimonio.

La posesión de estado, aun cuando sea alegada por ambos cónyuges, no dispensa de la presentación del testimonio del acta de celebración del matrimonio, o de la publicación de las diligencias previas.

Ver: arts. 97, 98 y 101 parág. 1º ley de matrimonio civil; 360 inc. 1º Proyecto argentino de 1936; 130 C. italiano; 127 C. peruano; 115 C. venezolano.
La posesión de estado de casados, aislada de toda otra prueba que haga verosímil el matrimonio, como serían los indicios de que por culpa o dolo del oficial público se omitió el acta de matrimonio, o la copia fehaciente de la publicación de los edictos de las diligencias previas prescritas por el art. 158 de este Código, no sería prueba bastante de la celebración del matrimonio. Ella es meramente coadyuvante cuando existe el acta, defectuosa por inobservancia de las solemnidades prescriptas. En tal supuesto, la posesión de estado, conforme con el acta, sana cualquier defecto de forma, como expresamente lo preceptúa el art. 131 del Código italiano de 1942.
La posesión de estado de casados consiste, según Messineo, siendo ella conforme con el acta, aunque formalmente defectuosa, para la mujer, en el hecho de llevar el apellido de su marido, de convivir con él y de ser considerada por la opinión pública como su esposa; y para el hombre en el hecho de vivir con la mujer compartiendo con ella la identidad de mesa, lecho y techo y ser considerado por la opinión pública, como marido de ella (ver autor y opus cit. t. III, pág. 192 y Busso, opus cit. t. II — Familia, pág. 367).

Art. 179. — Si en juicio civil o criminal por destrucción, falsificación o pérdida de un acta se reconociere la existencia del matrimonio, pasado que sea el fallo en autoridad de cosa juzgada, hará las veces del acta y deberá ser inscripta en el Registro del Estado Civil.

Ver: arts. 99 y 100 de la ley de matrimonio civil; 360 segunda parte del art. 360 del Proyecto argentino de 1936, y Busso, opus cit. t. II, Nº 6, pág. 366.

CAPITULO VI

Derechos y obligaciones de los esposos

Art. 180. — El matrimonio instituye entre los esposos un consorcio fundado en el consentimiento libre y externamente manifestado y hecho de presencia por el cual ellos se transmiten y reciben mutuamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre sus cuerpos en orden a los actos idóneos para la generación de la prole, y los obliga a la comunidad de lecho, mesa y techo en el hogar y a prestarse mutua protección, fidelidad y asistencia, así como a proveer al sustento, la guarda y educación de los hijos, cualquiera sea el régimen patrimonial por el cual hubieren optado.

La palabra "consorcio", de la voz latina "consortio", empleada por Modestino en su famosa definición del matrimonio, es, sin duda, hasta hoy, la más apropiada para connotar la idea de participación y comunicación de una misma suerte en la compañía emprendida para toda la vida por el varón y la mujer que se casan. La comunicación que decía Modestino era "de todo derecho divino y humano".

El cristianismo que convirtió en realidad la engañadora afirmación del jurisconsulto romano relativa al matrimonio pagano de que era concertado omnis vitae, cuando la verdad es que era resoluble por el divorcio o la repudiación tan frecuente en Roma, elevó el matrimonio a la dignidad de un contrato sacramentado, cuya **causa efficiens** es el consentimiento que "por ninguna potestad humana puede suplirse" (qui nulla humana **potestate supplieri valet**, canon 1081).

Lo que sigue de la definición de nuestro art. 180 es exactamente lo preceptuado por el canon 1081, segundo parte, en cuanto dice que: "**Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et accepta ius in corpus, perpetuum et exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem**".

La comunidad de lecho, mesa y techo viene del título puesto por el Código de Derecho Canónico al canon 1128 y del inciso primero del art. 11 del Anteproyecto de ley de los derechos civiles de la mujer casada mayor de edad (In De Gásperi, La igualdad civil de los sexos en el derecho comparado, pág. 72).

El derecho perpetuo y exclusivo de cada cónyuge sobre el cuerpo del otro es recíproco e igual, con que se afirma la ilicitud de la infidelidad de los esposos en el matrimonio. La mujer no tiene potestad sobre su cuerpo, sino su marido. Tampoco éste la tiene y la tiene en exclusividad para su esposa. De aquí el dogma de la Iglesia: "**Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier**". Admitido este principio de igualdad por razón del sexo, debe admitirse su extensión al ejercicio de los demás derechos emergentes del matrimonio, así en el orden de las relaciones personales, como patrimoniales, si no se quiere restituir a la mujer casada a la situación paradojal que el derecho romano le reservó al imponerle el deber jurídico y moral de la fidelidad sin igualdad alguna de condición con respecto a su marido, expuesta a todos los pretextos frívolos y excesivamente leves de repudiación y la despeñó a la inmoralidad de contar su edad no por el número de los cónsules, sino por el número de sus maridos. (Troplong, La influencia del cristianismo en el derecho civil romano, pág. 128, versión castellana de Cunchillos Manterola).

Los que van a casarse deben imponerse de nuestro art. 180 para que no se de en nuestro derecho civil la acción de nulidad del matrimonio por consentimiento incompleto, admitido por el derecho canónico y la jurisprudencia del tribunal de la Rota. Estatuye, en efecto, el canon 1082 que "**Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren por lo menos, que el matrimonio es una sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos. Esta ignorancia no se presume después de la pubertad**". De esta suerte, bastaría la prueba de que a pesar de su pubertad ignoraba la mujer que iba al matrimonio para engendrar hijos, y obtener la disolución vincular del matrimonio rato no consumado. A esto se le llama por Derecho canónico "nulidad por exclusión del bonum prolis", que puede verse tratado por Ildefonso Prieto López, Auditor del Tribunal de la Rota Española, In Causas Matrimoniales, Trabajos de la Cuarta Semana de Derecho Canónico celebrada en el Monasterio de N. S. de Monserrat, pág. 267 y ss.). También admite el Derecho canónico la nulidad del matrimonio por amar a otra persona con la que el contrayente quería contraer verdadero matrimonio, como lo admitió el Tribunal de la Rota Romana.

Es, pues, esencial que los futuros contrayentes conozcan el art. 180 de este Código para que después de casados no pretendan anular su matrimonio por consentimiento incompleto o sea en la ignorancia de que el acto mira al fin esencial de la procreación de la prole.

Abandonamos la redacción del art. 6º de la Ley paraguaya 236, trasegada del art. 361 del Proyecto argentino de 1936, cuya substancia es idéntica a la del art. 159 del C. C. suizo. Desde este punto de vista no difieren substancialmente los otros códigos, como puede verse en el 1353 del C. alemán; 143 del C. italiano; 56 y 57 del C. español; 203 y 207 del C. francés; 1056 del C. portugués; 121 del C. de Luisiana; 137 del C. venezolano; 158 a 160 del C. peruano; 116 a 118 del C. uruguayo; 162 y 163 del C. mexicano; 113 del C. colombiano; 91 del C. ecuatoriano; 167 y 168 del C. hondureño; 151 y 152 del C. nicaraguense; 73 del C. costarricense; 82 del C. guatemalteco.

Art. 181. — Es de la esencia del matrimonio la absoluta igualdad de derechos y obligaciones de los contrayentes para la consecución del fin social de la organización y perpetuación de la familia legítima en la vida conyugal dignificada por el trabajo, el amor y respeto recíprocos, la protección y asistencia mútua inalterablemente observados, cualquiera sea su condición económica.

De fines fundamentalmente morales el matrimonio, pide su afirmación en un precepto legal que permita a los cónyuges invocarlo para dirimir sus desavenencias en favor del que sea inocente. No faltará quien impugne la redacción de este artículo, que por su generalización, puede ser tachado de abstracto. A nuestro ver, no lo es. La materia lo pide. Muchos son los caídos en el error de creer que el matrimonio es un instituto esencialmente privado al que uno se acoge para solo el disfrute de la felicidad personal, sin importarle la del otro, ni la de los hijos habidos de su unión, como si el matrimonio careciese de un fin social supremo e inviolable cual es la organización y perpetuación de la familia legítima, fundamento primario

de la sociedad. Más craso es el error de esos que aspiran a abrazar la vida conyugal y el estado de casados para protegerse, ampararse y ponerse en seguridad contra la adversa fortuna, porque destituídos del sentido moral de la responsabilidad, hacen lo que el náufrago que al hundirse el barco busca desesperado la primera tabla flotante a su derredor, dispuesto a arrojarla así como haya puesto los pies en lugar seguro Nuestro art. 181 no es una novedad legislativa. Es de su estilo el art. 50 de la Ley de M. Civil; y los arts. 605 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 361 del Proyecto argentino de 1936; los arts. 82 y 83 del C. guatemalteco; 137 del C. venezolano; 158 a 160 del C. peruano; 176 del C. colombiano; 154 del C. ecuatoriano; 151 del C. nicaraguense; 167 del C. hondureño, etc. Mas inspirados todos estos códigos en la subordinación legal de la mujer casada, aun la de mayor de edad, a la potestad marital, no han podido servirnos de modelo. Dado el principio constitucional de la igualdad de los sexos en el matrimonio, mal podría este Código investir expresamente al marido de la jefatura legal del hogar, según la anacrónica concepción absolutista de este singular poder llamado a ejercerse entre las cuatro paredes del domicilio conyugal, como si el marido que se degrada por los desarreglos de su conducta, o por la comisión de delitos, fuese digno de serlo. No siendo el hogar fundado en el matrimonio, una entidad de derecho público, no se ve por qué el Estado haya de inmiscuirse en su gobierno, dándole un jefe con título de tal conferido por disposición de la ley, cuando dotada, como es la mujer, de nobles instintos, es la primera en saber dignificar por el respeto a su esposo, cuando éste lo merece. Asunto estrictamente privado el discernimiento de la jefatura del hogar dentro de un sistema legislativo de absoluta igualdad de los esposos, puede ser callado en el Código, como lo calla el art. 605 del Anteproyecto de Bibiloni, no sin algunas contradicciones, y el art. 361 del Proyecto argentino de 1936. Aun los Códigos que, como el alemán proclaman por su art. 1354 que "**Al marido le corresponde la decisión de todos los asuntos concernientes a la vida matrimonial común; especialmente le compete determinar el lugar y local de la habitación**", han debido agregar al mismo precepto que: "**La mujer no está obligada a cumplir la decisión del marido si ésta se presenta como un abuso de su derecho**", como ocurriría si padeciendo ella de una enfermedad que le impida cumplir el debito conjugale, negase su cuerpo al marido, obstinado en exigírselo. En este caso, por aplicación del art. 1353 del citado Código, puede ella negar el **debitum conjugale** sin necesidad de esperar la sentencia del juez.
En el artículo siguiente, contemplamos no sólo el presente caso, sino el que se ofrecería por enfermedad u otra circunstancia análoga del marido.

Art. 182. — La mujer no está obligada a la prestación de su cuerpo cuando esta necesidad de su marido, se presenta como ejercicio abusivo de su derecho.

La demencia, las enfermedades contagiosas y toda otra circunstancia que ponga en peligro la salud o la vida de uno de los cónyuges, son motivos para que el cónyuge amenazado pueda separarse de la habitación común.

Ver: Inc. 2º del art. 1354 del C. alemán e inc. 2º del art. 137 del C. venezolano; Inc. 2º del art. 160 C. peruano; Inc. 2º del art. 168 del C. hondureño; Inc. 2º del art. 152 del C. nicaraguense.

Art. 183 — La mujer casada está obligada a seguir a su marido al domicilio que él fijare si no lo hubieren determinado de común acuerdo Mas los tribunales, con conocimiento de causa, eximirán a la mujer de la obligación de seguir a su marido cuando del cumplimiento de dicha obligación resulte peligro para la vida de ella, o si el marido trasladare sin justa causa su domicilio a un lugar inhospitalario o insalubre, a no ser que lo haga en servicio de la patria.

Ver: La obligación impuesta a la esposa de seguir a su marido al domicilio que él fijare, si de común acuerdo no lo determinaron, no la establece la ley en desmedro de su plena capacidad civil e igualdad de derechos con él, porque es un deber inherente al matrimonio, según lo preceptuado por el art. 180 de este Código, y así también lo estatuyen los arts. 10 y 1354 del C. alemán; 160 C. C. suizo; 144 del C. italiano; 214 del C. francés; 58 del C. español; 36 inc. 2º y 233 inc. III) C. brasileño; 1186 del portugués; 138 del C. peruano; 129 del C. uruguayo; 163 del C. mexicano; 178 del C. colombiano; 156 del C. ecuatoriano; 53 de la ley argentina de matrimonio civil; 133 C. chileno; 73 del C. costarricense; 152 del C. nicaraguense 168 del C. hondureño, etc.
Nuestro art. 183 reproduce el art. 18 de la ley paraguaya Nº 236, inspirado en estos mismos antecedentes. Bueno es saber que los Códigos alemán (art. 10), el español (art. 58) y el portugués (art. 1188) liberan a la mujer de la obligación de seguir a su marido a ultramar o al extranjero.
Ocioso es decir que en este punto nos apartamos del art. 605 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni, sensiblemente influído por el absolutismo de la potestad marital, en perfecta contradicción con la abrogación de la incapacidad relativa de obrar de la mujer casada mayor de edad, igualmente auspiciada en dicha obra legislativa, consecuente con lo preceptuado por el art. 1º de la ley argentina Nº 11.357.

Art. 184. — Aunque marido y mujer sean mayores de edad y separados de bienes, no podrán, ni con autorización judicial, celebrar entre sí el contrato de compra venta, ni el de donación de la esposa al esposo, ni el de cesión de créditos, ni el de locación, ni el de dación en pago, ni el de donaciones recíprocas. El de permuta podrá ser autorizado si los bienes trocados fueren de valor equivalente y los esposos separados de bienes.

Ver: arts. 13 e inc. 2º del art. 12 de la ley paraguaya 236 y art. 1101 de este Código. La primera parte de este precepto se justifica por la necesidad de evitar, que por colusión de los esposos, puedan los acreedores del uno ser burlados en la protección de sus intereses. Tan íntima, como es, la vinculación personal creada entre esposos por el matrimonio, sería indiferente para los terceros de buena fe que ellos estuvieren separados o no de bienes, pudiendo así creer que aun bajo el régimen legal de separación, ejerciere la esposa el

"mandato doméstico" del art. 56 segunda parte de la ley de matrimonio civil "en las compras al fiado de objetos destinados al consumo ordinario de la familia", al cual los alemanes llaman, por aplicación del art. 1357 de su Código la "potestad de la llave" para mejor llevar el gobierno de la casa. Y si la mujer, aun la separada de bienes, ejerciere públicamente alguna profesión o industria, se presumiría igualmente que está autorizada por su marido para todos los actos o contratos concernientes a su profesión o industria, si no hubiere reclamación por parte de él, anunciada al público o judicialmente intimada a quien con ella hubiere de contratar, según así lo preceptúa la primera parte del citado art. 56 de la ley de matrimonio civil, concordante con los arts. 1874 del C. argentino y el 13 y ss., del C. de Comercio. Siendo así, como lo es, la mujer casada, presunta mandataria de su marido para determinados negocios, no se comprende que la ley permita que ambos puedan celebrar el contrato de compraventa sin exponer a los terceros a ver burlados sus derechos sobre los bienes de cualquiera de ambos comprometidos por razón de un contrato.
La prohibición del art. 184 de este Código viene del art. 1358 del C. argentino, por aplicación del cual debe entenderse que la prohibición alcanza a la **cesión de créditos** (art. 1441), a la **permuta** (art. 1490), a la **locación** (art. 1494); a la **dación en pago** (art. 1325); y a las **donaciones recíprocas** (art. 1807 inc. 1º), y que los actos realizados en violación de estas prohibiciones expresas de la ley, son absolutamente nulos.
Códigos hay, como el de México (art. 176) que autorizan la compraventa entre esposos separados de bienes, o como el de Costarrica (art. 78) que permiten la contratación entre cónyuges sin limitación alguna a igual que C. Civil suizo (art. 177); el Código de Honduras (art. 173), del de Nicaragua (art. 177), del C. peruano (art. 172, sin más limitación que la derivada del régimen legal), y lo prohiben: el uruguayo (art. 1675), el chileno, entre cónyuges no divorciados (art. 1796); el brasileño, a los administradores de bienes ajenos, como lo es el marido dentro del régimen de comunidad de gananciales (art. 1133 inc. I); el C. colombiano (art. 1852); el C. ecuatoriano (art. 1855); el C. portugués, salvo que los esposos se hallen judicialmente separados de bienes (art. 1564); el Código francés (art. 1595) y el de Luisiana (art. 2421), salvo los tres casos siguientes: 1º) aquel en que uno de los esposos cede bienes al otro, estando separado de él judicialmente, como pago de sus derechos; 2º) aquél en que la cesión hecha por el marido a la mujer, aunque no esté separada, reconoce una causa legítima, tal como la inversión de sus inmuebles vendidos o la del metálico que le pertenecían, si estos inmuebles o dinero no entran en la comunidad: y 3º) aquél en que la mujer cede bienes a su marido para pagarle la suma que ésta le prometió en dote; el C. español, salvo que los esposos se hubieren separado de bienes (art. 1458); el C. venezolano (art. 1481) y el C. guatemalteco, salvo divorcio declarado o de separación judicial o convencional de bienes, casos en los cuales puede cualquiera de los cónyuges adjudicar al otro los que basten para el pago de sus derechos (art. 1516) (ver: Hugo Gatti contratación entre cónyuges, edic. B. Aires, 1960).

Art. 185. — La mujer casada mayor de edad y separada de bienes podrá sin venia del juez otorgar mandato a su marido o dar fianza para obtener su libertad, o ajustar con él el régimen de comunidad de gananciales, o convenir con él un mutuo o empréstito de consumo, o confiarle bienes en depósito, o suscribirse a acciones de una sociedad anónima de la que él fuere también accionista, pero no podrá sin venia judicial ser su fiadora o coobligada solidaria en asunto del exclusivo interés de su esposo.

La primera parte de este artículo viene del primer parágrafo del art. 12 de la ley paraguaya Nº 236, inspirado en los arts. 174 y 175 del C. mexicano. La comunidad de gananciales que pueden convencionar los esposos que al contraer nupcias optaron por el régimen legal de separación, es un género de sociedad y por tanto uno de los contratos permitidos entre cónyuges, sin perjuicio posible para los terceros. El mutuo o empréstito de consumo y el depósito hecho por la mujer separada de bienes en manos de su marido, son actos de confianza y de eventual protección de sus intereses que tampoco pueden perjudicar a terceros. Menos peligros ofrece a los terceros la suscripción de acciones hecha por ella en una entidad de la que también haga parte su esposo.
Aclaramos así el debatido problema suscitado por los contratos entre esposos, al distinguir aquellos que ambos no pueden celebrar, aun cuando estén separados de bienes, de los que pueden ajustar sin daño posible para los terceros. La duda sobre el contrato de sociedad entre esposos, surgió por aplicación del art. 1219 del C. C. argentino según el cual: "**Ningún contrato de matrimonio podrá hacerse, so pena de nulidad, después de la celebración del matrimonio**", explicable en dicho cuerpo legal que consagraba la incapacidad relativa de obrar de la mujer casada mayor de edad (art. 55 inc. 2º), pero no después que la propia Argentina se dió la ley Nº 11.357, cuyo art. 1º manumitió a esa mujer de la potestad marital, explicándose así que viniendo Borda a tratar de esta materia juzgue que el art. 1219 del Código de Vélez Sarsfield se refiera exclusivamente a las convenciones nupciales, y no a los otros contratos que pueden celebrar los cónyuges, agregando que la autoridad marital ha desaparecido ya, luego de la sanción del principio de la igualdad jurídica de los cónyuges, principio que deja también sin actualidad el argumento de que la mujer se halla en una situación de inferioridad para contratar con su marido (ver autor cit. Familia, t. I, Nº 415, pág. 272).
La ley paraguaya Nº 236 también manumitió a la mujer casada mayor de edad de la potestad marital (art. 1º, idéntico al art. 1º de la ley argentina Nº 11.357).
Por el art. XX del Título Preliminar de este Código se estatuye que: "**La capacidad de goce y ejercicio es igual para el hombre y la mujer,, sea soltera, casada, divorciada o viuda; en consecuencia, la mujer no queda sometida, por razón de su sexo, a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles, salvo las limitaciones expresamente estatuidas por la presente ley**".
Ha de bastar este precepto para despejar toda duda acerca de los contratos que la mujer casada puede ajustar con su marido.

Art. 186. — A la mujer casada mayor de edad le serán permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos y así podrá administrar exclusivamente sus bienes propios y reservados excluidos de la comunidad, o si incluidos en ella, se hubiere reservado su administración por cláusula expresa de sus capitulaciones matrimoniales; disponer de ellos y de sus frutos y acciones y el producto de su trabajo separado del de su marido; ejercer las acciones u oponer las excepciones que correspondan a dichos bienes, sin que para tales objetos necesite la conformidad de su esposo.

Ver: art. 172 C. mexicano; Gran Bretaña, Married Women Property Act. 45; art. 135 Código Civil Pan-Americano de F. Cosentini; Arts. 1º y 2º inc. 3º C) de la ley argentina 11.357; art. 2º de la ley uruguaya Nº 10.783; Ley sueca del 11 de junio de 1920; Ley danesa del 18 de marzo de 1925; Ley noruega del 20 de mayo de 1927; Ley finlandesa del 13 de junio de 1929 (vide: Imre Zajtay y Eduardo Vaz Ferreira, contribución al estudio de los regímenes matrimoniales de participación, Montevideo, 1950) y art. 3º del Proyecto de la Societé d'Etudes Legislatives, In Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil, años 1948-1949, pág. 399, edición de Recueil Sirey, París, el cual preceptúa que: "Bajo todos los regímenes y pena de nulidad de toda cláusula contraria al contrato de matrimonio, la mujer tiene, sobre los productos de su trabajo personal y las economías provenientes, en que se incluyen las ganancias resultantes del trabajo común de los dos esposos un derecho de libre administración y goce; que ella puede emplear en la adquisición de valores mobiliarios o inmobiliarios; enajenar libremente a título oneroso los bienes así adquiridos, hipotecarlos o gravarlos en garantía de un préstamo en dinero. Si ella no tiene hijo ni descendiente y es mayor de 45 años, puede disponer, a título gratuito, de los bienes así adquiridos en favor de obras de asistencia pública o privada y de obras que tengan especialmente por objeto el desarrollo de la natalidad y la protección del niño y de los huérfanos de la guerra".

Mira este precepto a derogar el art. 1388 del C. francés, por el que se prohibe a los que van a casarse derogar por sus capitulaciones matrimoniales los derechos que resultan de la autoridad marital sobre la mujer y los hijos, o que correspondan al marido, como jefe, ni los derechos que al cónyuge supérstite conceden los títulos "De la patria potestad; De la menor edad y De la emancipación" ni las disposiciones prohitivas de dicho Código.

Siendo así, puede tenerse la medida del cambio radical operado en la doctrina francesa sobre la potestad marital, tan absoluta, como la consagrada por el art. 1277 del C. argentino, en cuanto el marido, administrador legal de los bienes del matrimonio, puede enajenar, sin el consentimiento de la mujer, los bienes de la comunidad.

Cuando tales cambios se producen en naciones tan apegadas a su tradición legislativa como Francia qué mucho puede haber para que el Paraguay a su vez sacuda el yugo de la milenaria subordinación de la mujer casada mayor de edad a la potestad marital sólo explicada como privilegio absurdo del sexo del hombre como si estuviere demostrada la inferioridad biológica de la mujer.

Art. 187. — La mujer mayor de edad que siendo soltera ejercía públicamente profesión, oficio, empleo, comercio o industria honéstos, podrá, después de casada, continuar en el ejercicio de sus ocupaciones habituales, disponer del fruto de su trabajo como queda dispuesto en el artículo precedente, sin perjuicio de su obligación de contribuir al sostenimiento del hogar con una cuota proporcional a su renta, aunque se halle separada de bienes.

Mas si el marido subviniere a todas las necesidades del hogar, podrá oponerse a que su mujer se dedique a las actividades productivas a que se refiere el parágrafo precedente si ellas hayan de efectuarse fuera de la casa común y funde su oposición en causas graves y justificadas.

Ver: art. 3º inc. 2º a) de la ley argentina Nº 11.357; 169 y 170 del Código mexicano.

Desdeñado este precepto por la Cámara de Representantes al tiempo de la sanción de la Ley Nº 236, fue substituido por el art. 7º de esta misma ley, trasegado del art. 365 del Proyecto argentino de 1936, sin advertir que inspirada, como fue esta obra legislativa, lo mismo que el Anteproyecto de Bibiloni, en la subordinación de la mujer casada mayor de edad a la potestad marital, mal podía condecir con el principio constitucional paraguayo de la igualdad civil de los sexos en el matrimonio.

La antinomia así producida causó sensibles confusiones en el foro que urgía despejar, como hoy lo hacemos con el art. 187 de este Código.

Art. 188. — Las cuestiones a que la oposición del marido dieren lugar en el caso del artículo anterior, serán resueltas en juicio breve y sumario por el Juez y la decisión que en él recaiga no producirá efectos respecto de terceros de buena fe sino desde su inscripción en el registro creado por el art. 276 de este Código.

Ver: art. 219 C. francés; 1358 C. alemán. El art. 11 de la ley paraguaya Nº 236 es copia literal del art. 370 del Proyecto argentino de 1936, inspirado en el art. 613 del Anteproyecto de Bibiloni, pero sin mejorarlo. En efecto, resulta contradictorio que si hubiere "perjuicio en la demora" se autorice al Juez a suspender, antes de su decisión de la incidencia, los actos motivos de ella.

Art. 189. — El marido y la mujer, durante el matrimonio, podrán ejercer los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro.

La mujer casada podrá, sin dependencia de la autorización de su marido, estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten a su persona o bienes, o a la persona o bienes de sus hijos menores, habidos de un matrimonio anterior; hacer su testamento y revocar el que hubiere hecho; aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieren sus padres; ser tutora, curadora, albacea y testigo en instrumentos públicos.

Ver: art. 191 derogado del C. Civil argentino y art. 57 de la ley de matrimonio civil; 177 del C. mexicano; 3º inc. 2º parágrafos e), g) y h) de la ley argentina 11.357; 5º decreto-ley chileno Nº 328. En contra: art. 242 inc. V) C. brasileño. No era posible reproducir aquí el art. 14 de la ley paraguaya Nº 236 cuyo in fine consagra el mandato doméstico de la mujer casada para las compras hechas a crédito de las cosas necesarias para la economía doméstica, sin discriminar el régimen patrimonial al cual dicho mandato puede ajustarse. Así, si los esposos hubieren optado por el régimen legal de separación, no se comprende que no habiendo

en él comunicación de gananciales, pueda la esposa obligar de esta suerte a su marido. Propio del régimen legal de separación es que la mujer esté obligada a contribuir proporcionalmente a los gastos del hogar.

Art. 190. — Tampoco se requerirá la conformidad del marido para que la mujer casada mayor de edad pueda realizar los actos siguientes:

I) Ejercer profesión, industria o comercio por cuenta propia, o efectuar trabajos decorosos fuera del hogar;

II) Dar sus servicios en locación para toda ocupación seria y honesta;

III) Constituir con terceros de conducta irreprochable sociedades colectivas, de capital e industria, o en comandita, simple o por acciones;

IV) Aceptar donaciones remuneratorias por servicios de su profesión y herencias con beneficio de inventario;

V) Renunciar las herencias o legados que le sean deferidos;

VI) Disponer a título gratuito, a favor de próximos parientes o de instituciones, fundaciones o sociedades de fines píos, de los bienes propios que ella administre.

Con supresión del requisito de la conformidad del marido, este artículo reproduce la substancia del art. 365 del Proyecto argentino de 1936, que la Cámara de Representantes trasegó literalmente al art. 7º de la ley paraguaya Nº 236, sin advertir que contradecía la economía general del Anteproyecto de ley de los derechos civiles de la mujer, presentando en 1954 al Poder Ejecutivo, totalmente inspirado en el principio de la igualdad civil de los sexos en el matrimonio.

El art. 365 del Proyecto argentino de 1936 había sido inspirado por el art. 606 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni, inficcionado por los prejuicios de su autor sobre la manumisión de la mujer casada mayor de edad de la potestad marital, expuestos en su apostilla al mencionado artículo, y que corren en el t. I, pág. 229 de la edición Kraft.

Evidente era así que los legisladores que habían injertado el art. 365 del Proyecto argentino de 1936 en la ley paraguaya Nº 236, no habían leído lo que Bibiloni dice en la pág. 234 del citado volumen de su obra, al expresarse así: "Nuestros proyectados artículos abrogan la disposición de la ley vigente 11.357, art. 3, 2º a) y vuelve al principio de los derogados artículos 56, ley de matrimonio (190 C. Civil y 13 a 18 del Código de Comercio).

Siendo así, tanto el Anteproyecto, como el Proyecto argentino de 1936, dieron, en esta materia, máquina atrás, como si en el orden jurídico, o mejor, en el orden social, fuera posible progresar por retrocesos.

En esto consiste la grave contradicción de estas dos obras legislativas argentinas por las que se había abrogado la incapacidad relativa de obrar de la mujer casada, manumitiéndola de la potestad marital, por un lado, y subordinándola a la misma potestad, por el otro.

Nuestro art. 190 agrega algunos conceptos faltantes en el modelo. Así, en el inc. II) condicionamos la libertad de dar los servicios de la mujer casada en locación al requisito de que la ocupación sea "seria y honesta"; en el inc. III) subordinamos su derecho a constituir sociedades colectivas, etc., a la condición de hacerlo con "terceros de conducta irreprochable"; en el inc. IV) limitamos su derecho a aceptar donaciones a la condición de que éstas sean "remuneratorias por servicios de su profesión"; y en el inc. V) restringimos su facultad de disponer a título gratuito de sus bienes propios con la exigencia de que sea "a favor de próximos parientes o de instituciones o sociedades de fines píos".

Sólo así la mujer casada se impondría al respeto de su marido, porque nada puede herir tan hondamente la sensibilidad del esposo como la más leve sospecha de la infidelidad de ella, aun cuando en realidad ella no faltara a tan sagrada obligación. Ver entrar a la esposa con un tapado de bisonte, regalo de un amigo común; o con joyas de dudoso origen; o saberla motu proprio asociada a personas desacreditas por sus desarreglos o por sus vicios; o desposeída de sumas o bienes valiosos por actos de liberalidad en favor de un hombre que se hace pasar por amigo de la pareja, suponen abierto desafío de ella a la unidad del vínculo matrimonial, que ningún hombre, por calzonaso que sea o mogón que parezca, podría soportar sin revelarse y volver por los fueros de su sexo.

Nunca, como esta vez, se ha de recordar que la libertad es por definición, restricción, limitación, como enseña Ihering.

Art. 191. — Si por condena definitiva fuere durante el matrimonio privado el marido de su libertad que lo recluya por dos años o más y no tuviera la mujer bienes propios ni reservados, ni estipendio ganado por la locación de sus servicios o rentas producidas por el ejercicio de su profesión, arte u oficio u otros recursos de la misma naturaleza con que subvenir a las necesidades del hogar, podrá ella, aun estando separada de bienes, disponer, con autorización judicial, de los bienes propios de su marido y de los gananciales que le correspondan. Del mismo derecho gozará la esposa que hubiere optado en sus capitulaciones matrimoniales por el régimen de comunidad de gananciales, aun cuando lo contrario hubiere estipulado en ellas.

Ver: Art. 4º de la ley argentina Nº 11.357 y el art. 16 de la ley paraguaya Nº 236, con algunas modificaciones.

Art. 192. — Aunque el régimen de bienes por el cual hubieren optado los esposos fuere el régimen legal de separación, la mujer casada mayor o menor de edad, en concurso con los acreedores de su marido, tendrá siempre derecho preferente y especial sobre los productos de los bienes de él y sobre sus sueldos, salarios, pensiones o emolumentos por las

cantidades que correspondan para la alimentación de ella y de sus hijos menores. También tendrá el mismo derecho sobre los bienes propios del marido para la satisfacción del mismo objeto, para asegurar el cual podrá pedir medidas de seguridad, como embargos preventivos.

Ver: art. 165 del C. mexicano. La Cámara de Representantes omitió en la ley Nº 236 el art. 9 del Anteproyecto presentado en 1954 al Poder Ejecutivo, que hoy restituimos a su sitio. Aun cuando no hubo explicación alguna de dicha omisión, evidente es que ésta pudo fundarse en la referencia al régimen legal de separación de bienes que se hace en el artículo así esbozado, sin advertir que al mismo tiempo de desdeñarse dicho régimen, para instituir, como único, el de comunidad limitada de gananciales bajo la administración legal del esposo, se le admitían dos concesiones: 1º) por la consagración de la categoría legal de los bienes reservados de la mujer, del art. 31; y 2º por la separación judicial de bienes del art. 43, casos en los cuales se dan patrimonios separados de propiedad y administración exclusiva de la mujer.

Art. 193. — El cónyuge que faltare a los deberes de asistencia para con el otro o para con sus hijos, o que condenado a pasar alimentos, se hallare en mora por más de tres meses consecutivos sin razón suficiente, incurre en el abandono que autoriza la acción de separación judicial de cuerpos.

Ver: art. 363 del Proyecto argentino de 1936 y el art. 19 de la ley paraguaya Nº 236.

Art. 194. — La mujer casada bajo el régimen de comunidad de gananciales, puede, indepedientemente de toda autorización:

I) Ejercer la patria potestad sobre sus hijos menores habidos de un matrimonio anterior;

II) Reivindicar los inmuebles comunes que el marido hubiere enajenado o gravado sin su consentimiento;

III) Anular las fianzas o donaciones hechas por el marido en infracción del presente Código;

IV) Reivindicar los bienes comunes, muebles o inmuebles que el marido hubiere donado o transferido a su concubina; y

V) Disponer a título oneroso de sus bienes reservados.

Ver: art. 1253 y 3970 del C. argentino; 1352 Nº 4 del Esboço de T. de Freitas; 1551, 1552 y 1564 C. francés; 248 C. brasileño; 2º del decreto-ley chileno Nº 328; 15 de la ley paraguaya Nº 236; 1406 y 1407 C. alemán; 1192 y 1480 del C. portugués.

No hace falta fundamentar este precepto, cuya substancia íntegra hace parte de nuestro Derecho tradicional. La patria potestad de la viuda que contrae segundas nupcias sobre los hijos habidos de su primer lecho, fue consagrada por el art. 3º inc. 1º de la ley argentina Nº 11.357, y que originariamente fue estatuida por el art. 3º de la ley argentina Nº 10.903 del 21 de octubre de 1919, y trasegada al inc. 1º del art. 15 de la ley paraguaya Nº 236. Harto se comprende que no haciendo parte los hijos del primer lecho de la viuda, de la familia de su segundo marido, sean extraños a los intereses de éste, y que siendo así no haya razón para privarla de la patria potestad sobre dichos hijos.

Si el marido, sin la conformidad de su esposa, ha enajenado bienes comunes, habría transferido derechos de que carecía, en subversión del art. 3270 del C. argentino, y expondría al comprador o adquirente de dicho bien a su reivindicación por ella.

La reivindicación de los bienes comunes transferidos por el marido a su concubina, se fundaría en la nulidad del acto por ilicitud de la causa, entendida la causa, no en el sentido que le atribuyeron Domat y Pothier, sino en el de intención motivada del agente, que en tal caso sería una intención coloreada de inmoralidad. Así lo autoriza el art. 1480 del Código portugués, el cual agrega que esta nulidad sólo puede declararse a instancia de la mujer del donante o de los herederos legítimos de ella.

Art. 195. — La mujer que al contraer nupcias hubiere optado por sus convenciones matrimoniales por el régimen de comunidad limitada de gananciales, estará investida del mandato tácito de su marido por las compras hechas al fiado de las cosas necesarias al consumo ordinario de la familia.

Ver: art. 57 in fine de la ley de matrimonio civil; 247 inc. 1) C. brasileño; 141 del C. uruguayo; 147 del C. chileno; 192 del C. colombiano; 171 del C. ecuatoriano; 169 del C. peruano.

Art. 196. — Los menores emancipados por el matrimonio, no podrán ni con autorización del Juez de la tutela y del defensor general de menores, y bajo pena de nulidad, aprobar las cuentas de sus tutores, y dar finiquito a éstos, ni hacer donaciones de los bienes hereditarios que introdujeren al matrimonio, cualquiera sea su valor. Podrán sí hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria y siempre que sea para prestación de alimentos a parientes necesitados, o pequeñas dádivas remuneratorias, o presentes de uso en el seno de la familia.

Ver: arts. 134, 1807 inc. 7º, 2º apartado; 450 inc. 5º C. argentino.

Art. 197. — Cualquiera sea el régimen patrimonial por el cual los menores emancipados por el matrimonio hubieren optado, no podrán, sin expresa autorización del Juez, y bajo pena de nulidad vender o hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean; ni las acciones de compañías de comercio o industria que hubieren recibido por herencia o legado, o por donación, antes o después de casados; ni celebrar contratos de arrendamiento o de alquiler por plazo mayor de tres años, sea como arrendadores o arrendatarios; ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral, ni otorgar fianzas. Podrán empero estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten a su persona o bienes, sin necesidad de autorización judicial y recibir pagos de cualquier monto que se les adeudare, como sucesores de sus causantes, o por derecho propio, si se tratare del estipendio de una actividad profesional, comercio o industria a de derechos de autor de alguna obra literaria o artística. Con autorización del Juez podrán contratar la apertura de una cuenta corriente bancaria de acuerdo con la ley y los reglamentos respectivos.

En todas las cuestiones que afecten a la persona o bienes de los menores emancipados por el matrimonio, será parte esencial el Ministerio de Menores.

Ver: La primera parte es conforme con el art. 20 de la ley paraguaya Nº 236, el cual, a su vez, trasunta lo preceptuado por el art. 135 del C. argentino; el 173 del C. mexicano; y el art. 7º concordante con el art. 3º inc. 2º, g) de la ley argentina Nº 11.357.
Se comprenderá que desde 1870, año de la promulgación del Código de Vélez Sarsfield en la Argentina, a esta parte, haya corrido mucha agua bajo el puente. La mujer casada de aquellos días dejó su gineceo y adelantándose hacia el frente de su casa, buscó allí alojamiento más aireado, más ancho, más acogedor desde donde pudiere avizorar y escuchar el estridente rumor del colmenar humano agitado en el vaiven de la urbe. Comprendió allí que también ella debía trabajar, al par de su marido, si no quería anularse en la ociosidad aleve de su aislamiento. Biológicamente igual al hombre, y tan instruida, como él, gracias a los mil y poderosos medios de difusión de la cultura media y universitaria, apta para alquilar su trabajo honesto por salarios suficientes a asegurarle un nivel envidiable de vida, era absurdo que emancipada en su minoridad por el matrimonio se viere, en tales condiciones, reducida a la impotencia y la miseria por su incapacitación para contraer deudas que pasen del valor de quinientos guaraníes, ni recibir pagos que pasen de mil, cuando con tales sumas no es posible llevar una vida decorosa en el seno del hogar, sin otra justificación que el temor al derroche o dilapidación de sus recursos. El menor emancipado por el matrimonio, ya no es el mismo joven de hacen 90 años, dotado, como puede estar, a su mayoría matrimonial, de aptitudes diversas y útiles, que le habilitan a sostener un hogar serio y honesto. Nada más justo, pues, que dejar a los menores emancipados por el matrimonio en la libertad de recibir pagos de cualquier monto, aun a riesgo de su excepcional despilfarro, pues, este Código no incapacita a nadie por prodigalidad. Tampoco hay peligro alguno en permitirles que con autorización del juez puedan contratar la apertura de una cuenta corriente bancaria, pues, siendo muy severos y estrictos los reglamentos legales del crédito, los primeros en evitarles préstamos ruinosos serán los Bancos públicos a la luz de su manifestación de bienes y de una información satisfactoria de sus aptitudes y de su capacidad para la producción de bienes. Tales son los fundamentos de las modificaciones y ampliaciones de los arts. 135, 2011 inc. 1º, 1245, 3465, 3333 3334, 1255 del C. Civil argentino, trasuntadas en el art. 197 de este Código.

Art. 198. — Cualquiera sea el régimen patrimonial de bienes por el cual hubieren optado los esposos, este Código inviste al marido de la representación legal de la familia respecto de terceros, sin perjuicio de los derechos personales conferidos a la esposa en los artículos precedentes en relación a su capacidad de obrar por si misma.

Si por las capitulaciones matrimoniales que estipulare con su esposa fuere el marido encargado de la administración de los bienes comunes y de los bienes de aporte o propios de ella, la desempeñará en los límites de las facultades contractuales por ambos establecidas.

Aun siendo de separación de bienes el régimen por el cual los esposos hubieren optado, será de cargo del marido proveer a la manutención de la familia, sin perjuicio de la obligación de la mujer de contribuir a los gastos del hogar con las rentas de sus bienes propios y reservados, en la proporción de su valor, relativamente a los de su esposo.

Ver: art. 233 incisos I), II) y V) C. brasileño.

Art. 199. — La obligación de mantener a la esposa cesa para el marido por el abandono que ella hiciere sin justa causa del domicilio conyugal sin ánimo de retornar a él en un término prudencial, requerida que fuere a regresar por interpelación formalizada ante Escribano Público.

Si al retirarse del hogar hiciere la esposa abandono de sus hijos menores, podrá su marido pedir al Juez del domicilio de ambos el embargo temporario de parte de las rentas particulares de la mujer, en beneficio de sus hijos menores dejados por ella al lado de su padre.

Ver: art. 234 C. brasileño.

Art. 200. — El matrimonio válido celebrado en la República no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos.

Art. 81 de la ley de matrimonio civil; 647 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 385 del Proyecto argentino de 1936; 149 del C. italiano; 104 del C. español; 1203 del C. portugués; 315 y 322 del C. brasileño; 19 de la ley chilena del 10 de enero de 1884; 153 del C. colombiano. Admiten la disolución vincular del matrimonio los Códigos francés, suizo, alemán, y en América los del Uruguay, Nicaragua, Honduras, Guatemala, Costarrica, Bolivia, México, Perú, Venezuela, etc.

Art. 201. — El matrimonio que puede disolverse por divorcio según las leyes del país en que se hubiere celebrado, no se disolverá en el Paraguay, mientras los cónyuges conserven su domicilio en él, sino de conformidad con el artículo anterior.

Ver: art. 82 de la ley de matrimonio civil; 1417 del Esboço de T. de Freitas; 121 C. de Chile y Busso, opus cit. t. II, Nº 6, pág. 284.

Art. 202. — La disolución en el extranjero, de un matrimonio celebrado en la República, aunque sea de conformidad a las leyes de aquél, si no fuere a las de este Código, no habilitará a ninguno de los cónyuges para volver a casarse.

Sobre esta materia se ha de confrontar la apostilla de Vélez Sarsfield al art. 165 del C. argentino y el parecer del Juez doctor don Federico Tobal en su sentencia del 17 de mayo de 1924, citada por Busso, en el t. II de su obra, Nº 31, pág. 27, y la apostilla de Bibiloni al art. 620 de la primera redacción de su Anteproyecto, en lo que tiene relación con la redacción del art. 7º de la ley de matrimonio civil (t. I, pág. 250, edición Kraft).

Art. 203. — La ley del domicilio conyugal rige:

a) La separación conyugal;

b) La disolubilidad del matrimonio; pero su reconocimiento no será obligatorio en el Paraguay donde el matrimonio se celebró si la causal de disolución invocada fue el divorcio y las leyes locales no lo admitan como tal. En ningún caso la celebración del subsiguiente matrimonio, realizado de acuerdo con las leyes de otro Estado, puede dar lugar al delito de bigamia;

c) Los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo a los arts. 224 a 240 de este Código.

Ver: art. 15, inc. b) del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.
El Tratado de Montevideo subordina la disolubilidad del matrimonio a la ley del domicilio conyugal, y agrega que "su reconocimiento no será obligatorio para el Estado en donde el matrimonio se celebró (Paraguay) sila causal de disolución invocada (en Uruguay o México) fue el divorcio y las leyes locales no lo admiten como tal".
Los jueces y tribunales paraguayos, a igual que los de la Argentina, se negaron sistemáticamente a reconocer validez al divorcio vincular obtenido en el extranjero por las parejas que habiéndose casado acá se han dirigido a Montevideo o a México a disolver su matrimonio de conformidad con sus leyes, para volver a casarse en la Argentina al favor de la interpretación allí admitida del art. 7º de su ley de matrimonio civil. En consecuencia, tampoco nuestros jueces y tribunales reconocieron validez a los segundos matrimonios celebrados sobre la base de la disolución vincular de su primer matrimonio, so color de habérselo otorgado en fraude de nuestra ley de matrimonio civil, que es de orden público, en cuanto por su art. 81 se estatuye que "el matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los esposos", además de que por el art. 14 del C. argentino "las leyes extranjeras no serán aplicables..... 2º cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código", como las leyes —agrega la nota— de los países en que la bigamia es permitida, cuando en la República es un crimen.

Art. 204. — El subsiguiente matrimonio, aun siendo absolutamente nulo, que no se acusó de nulidad en vida de los dos cónyuges, de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos, que no se admite prueba en contra de esta presunción, a no ser en el caso de la que la cuestión surja incidentalmente. Fuera de este supuesto, el segundo matrimonio producirá todos los efectos civiles del matrimonio válido y

legalmente subsistente desde que se acredite la muerte de uno o de ambos cónyuges, así en relación a su persona y bienes, y en relación a los hijos habidos de su unión, los cuales serán considerados como legítimos.

Ver: art. 1972 del Código de Derecho Canónico; 224 C. C. argentino; 86 parágrafo 1º Ley de Matrimonio Civil; Santiago C. Fassi, nota en "La Ley", t. XXVI, año 1942, pág. 99.

Art. 205. — Siendo católicos los esposos y celebrada su unión según los cánones y las solemnidades prescriptas por la Iglesia católica, disuelto que sea su matrimonio civil por el juez del domicilio conyugal, podrá en todo tiempo el otro cónyuge desconocer la disolución a que se refiere el art. 203 inc. b).

Ver: art. 1701 In fine C. de Derecho Canónico; art. 86 2ª parte Ley de Matrimonio Civil.

CAPITULO VII

De la separación de cuerpos

Art. 206. — Pueden los esposos, cualquiera sea el país donde celebraron su matrimonio, separarse judicialmente de cuerpo por mutuo consentimiento y sin expresión de causa, después de transcurridos dos años de vida marital.

De este derecho gozarán igualmente los menores emancipados por el matrimonio pero sólo después de dos años de cumplida la mayoridad de ambos esposos.

Los esposos que la pidan deberán presentar al juez un convenio formalizado en escritura pública sobre los puntos siguientes:

1º) A cuál de ambos cónyuges quedan confiados los hijos habidos en el matrimonio;

2º) Por cuenta de cuál de ambos cónyuges deberán ser alimentados, vestidos y educados los hijos, y cuando esta obligación pese sobre ambos cónyuges en qué proporción contribuirá cada uno de ellos;

3º) Qué pensión deberá pagar el marido a su mujer si ésta no tuviere rentas que basten a cubrir sus necesidades en el mismo nivel de vida de su unión;

4º) Un inventario de los bienes propios de cada cónyuge, de los comunes, los gananciales, si el régimen patrimonial por el que optaron fuere el de comunidad de gananciales, y los reservados de la mujer, acompañado de un testimonio fehaciente de sus capitulaciones matrimoniales si las hubieren ajustado, al cual deberán ceñirse lo que convengan sobre la liquidación del activo y pasivo de la comunidad.

Si los esposos hubieren optado por el régimen legal de separación, presentarán igualmente los recaudos prescriptos en el párrafo anterior, con la declaración de que liquidarán el activo y pasivo de los bienes gananciales de cada uno como si desde la celebración de su matrimonio hubieran tenido comunidad limitada de gananciales.

Ver: art. 92 C. costarricense; 158 C. italiano; 188 y 189 C. venezolano; 270 inc. 2º y 272 C. peruano; 192 y 123 C. guatemalteco; 318 del C. brasileño; 177 del C. hondureño; 185 inc. 3º y 186 del C. nicaraguense; y Messineo, opus cit. t. III, pág. 97 y ss., y Bevilaqua, Código Civil Commentado, t. II, pág. 274.
La ley de matrimonio civil que llama "divorcio" a la simple separación de cuerpos repulsa por su art. 66 la separación de cuerpos por mutuo consentimiento. Condiciona la validez del divorcio a la sentencia del Juez que debe recaer en uno de los pleitos más escandalosos y onerosos que puede darse entre esposos mal avenidos, con el agravamiento de que la tal sentencia no disuelve el vínculo matrimonial (art. 64), ni autoriza a los separados de cuerpo a volver a casarse en el país (art. 7º).
Nada podía pedirse más contrario a razón, como lo de obligar a los casados a llevar a la publicidad del foro las miserias más íntimas de su vida conyugal, cuando para llegar a tales resultados bastaría que ajustaran de mútuo y amigable acuerdo, después de un plazo prudencial de su experiencia conyugal, las estipulaciones destinadas a suspender su comunidad de lecho, mesa y techo, y presentarlas al Juez para que las homologue por su judicial aprobación.
El plazo de dos años posteriores al matrimonio fijado por nuestro artículo 208 es el que también fijan los otros códigos favorables a este sistema para evitar que las personas irreflexivas que se casaron sin atención a la gravedad y santidad del matrimonio, se separen al día siguiente de su unión, como puede estilarse a la caída del telón de una zarzuela.

Este plazo rige por igual para los menores emancipados por su matrimonio, a partir de la mayor edad de ambos, porque ninguno más expuesto a ir irreflexiblemente al matrimonio que el menor de edad, por mucho que la mujer haya cumplido 16 años y el hombre 18, como se estatuye por el art. 141 de este Código. No era posible que a tal edad fuesen autorizados a deshacer su hogar al día siguiente de casados, sin atentar contra la solidez del matrimonio, de tan trascendental importancia en la organización de la familia y del orden social. Deben, pues, tales menores esperar su mayoridad y dos años más para ejercer el derecho que se les confiere por nuestro art. 208.
Lo que sigue del precepto en relación a la guarda y mantenimiento de los hijos menores, y a la pensión alimentaria que el marido debe pasar a su mujer, si ésta no tuviere rentas, supone convenciones estipuladas amigablemente entre ambos esposos sin necesidad de recurrir al arbitrio judicial.
En el artículo que sigue completamos el precepto en relación a la necesidad de la presentación del inventario de los bienes de ambos cónyuges.
En contra: la doctrina que sanciona con la nulidad los contratos de separación de hecho entre esposos, (art. 1560-61 C. uruguayo; 1682-83 C. chileno) y autores citados por H. E. Gatti; in Contratación entre Cónyuges, pág. 8).

Art. 207. — Si habiendo optado los esposos por el régimen de comunidad de gananciales hubieren pedido la separación de sus bienes antes de la presentación del convenio a que se refiere el artículo precedente, no será menester que presenten el inventario prescripto en su inc. 4º.

Art. 208. — Recibidos los mencionados documentos y oídos, separadamente, los dos cónyuges sobre la irrevocabilidad de su voluntad de separarse de cuerpo, el juez les fijará un plazo, nunca menor de quince días, ni mayor de treinta, para que ratifiquen o retracten su pedido.

Art. 86 de la ley brasileña Nº 181 del 24 de enero de 1890.

Art. 209. — Si vencido el plazo fijado por el juez, volvieren ambos cónyuges a ratificar su pedido, se aprobará por sentencia el acuerdo; y si por el contrario se retractaren, el juez les restituirá todas las piezas que le hubieren presentado. Si sólo uno de ellos fuere el que se retractare, se le entregarán dichas piezas a presencia de su otro cónyuge, y la separación personal de hecho no producirá efecto legal alguno.

Ver: art. 87 de la ley brasileña citada al pie del artículo anterior, y Messineo, opus cit. t. III, -6, pág. 98.

Art. 210. — Si después de decretada la separación legal, ambos esposos se reconciliaren, la ejecutoria que declaró la separación quedará sin efecto. La cohabitación presume reconciliación.

Ver: art. 95 C. costarricense; art. 154 C. italiano; 323 Inc. 1º C. brasileño; 1439 C. español; 178 C. chileno; 71 de la ley de matrimonio civil; 275 C. peruano; 194 C. venezolano; 167 C. colombiano.

Art. 211. — Si se reconciliaren los separados legalmente de cuerpo, se restituirán las cosas, por lo tocante a sus bienes al mismo e igual estado en que antes de la separación se hallaban, como si la separación no hubiera existido.

En ningún caso la reconciliación perjudicará los derechos de terceros, adquiridos antes o durante la separación, sea cual fuere el régimen de los bienes.

Ver: arts. 178 C. chileno y 323 Inc. 2º C. chileno.

Art. 212. — No acordando los esposos las bases de su separación legal, podrá ésta ser demandada ante el Juez del domicilio conyugal por el cónyuge inocente contra el culpable de cualquiera de las causas mencionadas en el artículo siguiente.

Nos apartamos así de la ley de matrimonio civil, según la cual para la obtención de la spparación legal de cuerpo debe necesariamente intentarse la acción, porque según su art. 66 "no hay divorcio por mutuo consentimiento" o sea "sin sentencia de juez". Tampoco por el presente Código el mero acuerdo de hecho de los esposos bastaría para tenerlos por separados de cuerpo, sin que el juez homologue el contrato respectivo. Mas, el art. 66 de la ley de matrimonio civil excluye que la separación pueda pedirse al Juez sin la promoción de un pleito. En esto va la diferencia entre este Código y la ley de matrimonio civil. El pleito debe ser la última ratio, cuando agotados todos los medios conciliatorios, por irreductibilidad de las pretensiones de cada una de las partes, sólo quede expedita la vía de una controversia judicial, por lo común, larga, dispendiosa, prestada a la publicidad de las intimidades de alcoba, a las injurias recíprocas y a la desfiguración de la verdad por el empleo de medios probatorios de los más endebles, como la deposición de testigos proclives a la mentira complaciente.

Art. 213. — Las causas de separación son:

1º El adulterio, siempre que el actor no haya manifestado de cualquier manera su asentimiento al hecho reprochado al demandado; o la bigamia punible por el Código penal;

2º Delito o tentativa de delito contra la persona del otro cónyuge, sea como autor principal o como cómplice;

3º Violación grave de los deberes inherentes a la calidad de esposo, o conducta deshonrosa o inmoral, susceptible de turbar profundamente las relaciones conyugales, e impedir para el actor la posibilidad de la vida en común. Las sevicias y las injurias graves de hecho o de palabra quedan comprendidas en este inciso. Para apreciar la gravedad de la injuria, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

4º El abandono voluntario y malicioso por más de un año, que tendrá lugar si contra la voluntad del actor se ausentare del país el demandado, o a lugar ignorado; o si el demandado estuviere incurso en la sanción del art. 193 de este Código.

5º El estado habitual de embriaguez o de intoxicación de enervantes.

Sobre este art. ver el art. 67 de la ley de matrimonio civil, susbstituido el vocablo "divorcio" por el de "separación". Aludiendo más el primero a la disolución vincular del matrimonio, se presta a confundirlo con la mera separación de cuerpo que, tanto en la ley de matrimonio civil, como en este Código, no autoriza a los cónyuges a volver a casarse en el Paraguay.

Sobre su inciso 1º, ver el Inc. 1º del art. 67 de la ley de matrimonio civil, modificado, pues, no hacía falta agregar a la palabra "adulterio" la locución: "de la mujer o del marido" desde que se lo sobrentiende, dado que siempre se tratará del adulterio del demandado, acusado por el cónyuge inocente. Lo que sigue viene del parágrafo 2º del art. 1565 del C. alemán por el que se destituye del derecho a demandar divorcio al esposo que ha prestado su asentimiento o que es culpable de participación en el adulterio o en el hecho punible. Se entiende por "asentimiento" la adhesión prestada de cualquiera manera al hecho reprochado al demandado. Y por "participación" la cooperación propiamente dicha o complicidad, sea por instigación, o por asistencia. Por Derecho alemán se le admite al demandado la alegación de compensación de culpa o de culpa recíproca, para eludir su responsabilidad, como lo autoriza el art. 1111 del C. argentino respecto de los cuasidelitos, siendo esta la razón por la cual, a inspiración del citado precepto del C. alemán, agrega: "siempre que el actor no haya manifestado de cualquier manera su asentimiento al hecho reprochado al demandado". Es lo contrario de lo estatuido por el art. 1730 del C. Civil sajón de 1863 (ver Bufnoir, Cazelles etc., versión francesa y notas al Code Civil Allemand, t. III, pág. 392).

Bibiloni situó al pie de su primera redacción del art. 618 de su Anteproyeco la frase que dice: "El adulterio no podrá ser invocado por el cónyuge que lo provocó o lo favoreció", pero la Comisión argentina de reformas del Código la trajo al Inc. 1º del art. 372 de su Proyecto, como también lo hacemos nosotros, siquiera con más fidelidad al texto del art. 1565 del C. alemán. Agregamos, a nuestra vez, la bigamia, como causal de separación, dada su omisión en la ley de matrimonio civil, sin embargo de su mayor gravedad que el mero ayuntamiento de una mujer o un hombre casados con otra persona que no sea su cónyuge, con subversión del recíproco deber de fidelidad.

Omitimos en el Inc. 1º de nuestro artículo 211 la frase ampliatoria de la noción de "adulterio" con que tanto Bibiloni, como la Comisión argentina de reformas del Código equipararon el nefasto pecado de la sodomía o pederastía con el "adulterio", al agregar a este vocablo la locución: "u otro acto carnal de naturaleza semejante con persona de cualquier sexo", por referencia, sin duda, al comercio carnal de un hombre casado con otro hombre, depravación sexual que, aun siendo posible, no es ni puede ser puesta por la ley en el mismo nivel del adulterio, sin desdoñar la semántica, ni permitir que un marido despechado acuse a su esposa de yacer con otra mujer en una orgía sexual de masturbación, tan indecible que no puede nombrarse sin repugnancia u horror, en fundamento de su acción de separación. Bien dice Curti-Forrer en el Nº 2 de su apostilla al art. 137 del C. C. suizo que: "Un comercio sexual distinto al ayuntamiento normal del hombre con la mujer no constituye adulterio (ocurre lo contrario —dice— en el C. C. alemán, art. 1565)". "Podría constituir, agrega, un motivo de divorcio en los términos de los arts. 139 o 142" (ver autor y opus cits. pág. 115).

Siendo así, a juicio de este autor, la sodomía, por ejemplo, sería considerada en el Derecho suizo como un acto deshonroso que haría insoportable la vida conyugal al demandante. Tal es el criterio que seguimos, por mucho que en el Derecho alemán se admita lo contrario.

Los otros códigos, poco o nada es lo que agregan a la idea de adulterio, como puede verse en los arts. 151 del C. italiano; 105 del español; 229 del C. francés; 1204 inc. 1º del C. portugués; 21 inc. 1º de la Ley chilena del 10 de enero de 1884; 136 del C. de Luisiana; 185 inc. 1º del C. venezolanoá 247 inc. 1º del C. peruano; 154 inc. 1º del C. colombiano (pero solo el adulterio de la mujer); 132 inc. 1º C. ecuatoriano; 161 incs. 1º, 4º y 5º del C. nicaragüense; 143 incs. 1º, 4º y 5º del C. hondureño; 80 incs. 1º, 2º del C. costarricense; 124 inc. 1º del C. guatemalteco etc.

El inc. 2º de nuestro art. 211 es reproducción del inc. 2º del art. 67 de la ley de matrimonio civil y el inc. 3º del art. 372 del Proyecto argentino de 1936, que Bibiloni involucró en el inc. 2º del art. 618 de su Anteproyecto.

Concebido este inciso por Bibiloni bajo la influencia del art. 1568 del C. alemán, incluyó en él las causas previstas en los incs. 2, 3, 4, 5 y 6 del art. 67 de la ley de matrimonio civil, reformada que la Comisión argentina del Código trasladó al inc. 4º del art. 372 del Proyecto de 1936, trasegado al inc. 3º de nuestro art. 215. A estar a la doctrina alemana, se juzga que constituyen casos de violación grave de los deberes inherentes al matrimonio, por ejemplo: las amenazas injustas, las injurias y calumnias, graves dificultades de carácter, sobre todo si ellas se traducen en actos que exponen la vida o la salud del cónyuge, la negativa intencional de alimentos, la abstención persistente e injustificada del débito conyugal, las sevicias graves, lo que no quiere decir que las sevicias menos serias no constituyan, a juicio del juez, que goza de libertad de apreciación, violación de los deberes inherentes al matrimonio.

Cuanto a la estimación de la conducta deshonrosa o inmoral, también se ofrece un amplio campo de apreciación al Juez. Incurriría en tal causal, por ejemplo, el cónyuge culpable de un crimen o de un hecho deshonroso; o si se entregara a la ebriedad incorregible; o si ejerciera una profesión infamante (como si la mujer, por ejemplo, se prostituyera). Se admite igualmente por la doctrina alemana, como violación grave

de los deberes inherentes al matrimonio, la negativa del marido, por ejemplo, a hacer bendecir su unión después de la celebración del matrimonio civil, tal como le prometió a su mujer, si siendo ésta cristiana se sintiere particularmente herida en su fe católica, hipótesis que puede ofrecerse en los matrimonios de mixta religión, admitidos por la Iglesia sólo con dispensa del Ordinario. La otra condición a que se subordina la admisión de esta causal es que los hechos imputados al demandado sean susceptibles de producir una turbación profunda de la vida en común hasta hacerla intolerable. Su apreciación debe hacerse, por su relatividad al actor, según la condición social, la educación, el carácter, y en fin, toda la personalidad de los cónyuges.

Consiste la sevicia en la crueldad excesiva de los malos tratos. No otro era el significado que los romanos atribuían a la voz **saevitia**,, de **saevus**, cruel, inhumano.

E injuria es toda ofensa, ultraje de obra o de palabra, cuyo sentido es amplísimo en Francia. Puede allí un marido demandar divorcio a su mujer por injuria, a quien vió coquetear con sospechosas miradas con otro hombre. La jurisprudencia francesa, dice Rouast, no interpreta la palabra injuria en su sentido estrecho de injuria castigada por el Código penal, sino como toda violación de los deberes nacidos del matrimonio y todo atentado a la dignidad del cónyuge. Hay así injuria no sólo cuando el cónyuge es ultrajado de palabras, sino también por actos contrarios a las obligaciones legales y recíprocas de los esposos. Esos hechos, —agrega— son de naturaleza y de forma extremadamente diversos. Es imposible dar una lista completa de ellos, ni precisar sus caracteres más allá de la fórmula general que hemos dado de los mismos. (ver autor cit. In Planiol y Rpert, **Traité Pratique de Droit Civil Français**, t. II, La Famille, Nº 522, pág. 431).

El inc. 4º de nuestro art. 215 viene del inc 7º del art. 67 de la ley de matrimonio civil. La fijación de un plazo de un año viene de la ley paraguaya del 2 de diciembre de 1898 por la que se nacionalizó la ley similar argentina Nº 2393 del 12 de noviembre de 1888.

La voluntariedad del abandono supone la intención deliberada de substraerse a los deberes emergentes del matrimonio, como cuando la mujer deja el hogar por substraerse al debido conjugal. Mas si ella, sintiéndose en peligro por las amenazas o brutalidades de su marido, se refugia por legítima defensa en la casa de sus padres, no incurre en abandono voluntario y menos en el malicioso. Tampoco el marido que cumpliendo una orden de proscripción se ve obligado a salir del país, no incurre en abandono voluntario. (ver: Busso, opus cit. t. II, Nºs. 221 a 225, pág. 219).

La mora de tres meses del cónyuge condenado a pasar alimentos a sus hijos está equiparada por el art. 193 de este Código al abandono que autoriza la separación de cuerpos.

Finalmente, el estado habitual de embriaguez o de intoxicación de enervantes, contemplado en el inc. 5º de nuestro artículo, es causal universalmente admitida hoy, tal como Bibiloni lo explica en la nota al inc 4º del art. 618 de su Anteproyecto. (ver t. I, pág. 248, edición Kraft).

Art. 214. — Promovida la acción de separación de cuerpos, o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez, a instancia de parte, decretar la separación personal de los esposos y autorizar la residencia de la mujer en casa honesta de su jurisdicción, preferentemente en la de sus padres, si no dispusiere que el marido dejare el domicilio conyugal; y determinar el cuidado y alimentación de la mujer y de sus hijos menores que no fueren confiados a su padre, como también las expensas necesarias a ella durante el pleito.

Ver: art. 68 ley de matrimonio civil; 625 del Anteproyecto de Bibiloni; 375 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 215. — Toda clase de prueba será admitida en este juicio, con excepción de la confesión o juramento de los cónyuges.

Ver: art. 70 ley de matrimonio civil. Conocido es el fundamento de esta limitación de los medios de prueba en el juicio de divorcio, cual es el interés legal en impedir la colusión de los esposos para obtener la separación por mutuo consentimiento.

Mas, como por el art. 208 de este Código se admite la separación de cuerpos por mutuo consentimiento y conservamos la prohibición de la prueba de confesión, podría creerse que incurrimos en contradicción. Conviene saber así que si mantenemos por el presente art. 218 la inadmisibilidad de la prueba de confesión, no es porque esté en el interés de la ley impedir la separación por mutuo consentimiento, sino porque caldeándose las pasiones en una controversia de este género, se facilitaría el vejamen a la mujer, acusada, por ejemplo, de adulterio, a soportar en la audiencia posiciones arteras para arrancarle una declaración que de otro modo ella no lo haría. Puede el marido encontrarse en el mismo riesgo, que es justo evitarle. Si el que imputa a la otra parte hechos tales, debe suministrar o producir su prueba por medios no vejatorios. Tales son las razones por las cuales omitimos reproducir el art. 628 del Anteproyecto de Bibiloni o el 376 del Proyecto argentino de 1936, preceptos por los cuales se autoriza al Juez a denegar la separación si estimare que existe colusión entre las partes. Ambas. obras legislativas no admiten la sola prueba de confesión o del juramento.

Art. 216. — La acción de separación, aun pendiente la sentencia quedará extinguida por la muerte de una de las partes; pero si ella estuviere iniciada y fuere prejudicial de otra relativa al patrimonio, podrá continuar a este solo efecto por o contra los herederos del fallecido. También será lícito proseguirla al cónyuge demandado o a los herederos, cuando la imputación en que se funde importe grave daño para el honor de aquél.

Ver: art. 630 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 379 del Proyecto argentino de 1936.

La apostilla de Bibiloni al art. 630 de su Anteproyecto, rica en información doctrinal, nos releva de la necesidad de fundar este precepto, ausente de nuestra ley de matrimonio civil, pero inferido de las conclusiones de la doctrina. (vide autor y opus cit. t. I, pág. 254 y ss.).

La primera parte del artículo es elemental. Siendo personalísima la acción de separación de cuerpos, tanto que sólo los cónyuges pueden intentarla, lógico es que ella quede extinguida por la muerte de uno de los esposos, como es doctrina común del Derecho civil francés, con algunas salvedades, por cada autor, según

así puede verse en las obras citadas por el propio Bibiloni: Demolombe, t. IV, Nº 431, pág. 640 respecto a la revocación de las ventajas acordadas por el de cujus a su consorte; y a las costas del juicio; Laurent, t. III, Nºs. 217, pág. 260 y 365, pág. 417; y t. XIII, Nº 36, pág. 42, éste más absoluto que Demolombe en negar a los herederos el derecho de proseguir el juicio ya iniciado para decidir sobre los derechos patrimoniales vinculados a la acción de divorcio; Aubry y Rau, t. IV, parág. 492, notas 2 y 3, pág. 160, 3ª. edición (suprimida en la 5ª. edición); Rouast, in Planiol y Ripert, t II, Nº 545, pág. 451, etc. Mas lo contrario enseñan: Delvincourt, t. I, pág. 190, edición 1824; Duranton, t. II, Nº 580, pág 527, 4ª. edición. Pothier, t. VI, Traité du **Contrat de Mariage**, Nº 526, pág. 242, 2ª. edición; Zachariae, t. I, parág. 140, pág. 253, edicion 1854; Merlin, **Questions de Droit**, t. V, Dot. V, pág. 222.
Fundado Bibiloni en la doctrina de estos últimos autores, y la de los arts. 258, 212 (art. 75 de la ley de matrimonio civil), y 1099 del C. argentino, juzga que cuando la acción ha sido intentada en vida de los esposos, fallecido cualquiera de ellos, si la acción de divorcio o de separación de cuerpos es prejudicial de una acción patrimonial, puede la instancia ser proseguida por o contra de los herederos del cónyuge fallecido para decidir la acción patrimonial dependiente de esa resolución, y también por el cónyuge demandado o sus herederos cuando la imputación hecha por la demanda importe grave daño a su honor.
Tal sería el caso de la acción de separación de cuerpos promovida por un esposo que se dice inocente contra su esposa, fundada en el pretendido adulterio de ella y que de conformidad con el art. 75 de la ley de matrimonio civil hubiere al mismo tiempo o por separado revocado la donación que él le hubiere hecho de un bien inmueble en sus capitulaciones matrimoniales. Si falleciere el actor en el curso del juicio, quedaría disuelto el vínculo matrimonial de ambos y extinguida la acción de separación de cuerpos, pero pudiendo ser falsa la imputación de adulterio y perjudicar patrimonial y moralmente a la mujer, justo es que se le permita agotar los trámites procesales del juicio en defensa de su honor gratuitamente herido, y de sus derechos patrimoniales menoscabados por la revocación de la donación. Si el cónyuge supérstite, litigando contra los herederos de su marido difunto, no evidenciase la gratuidad de los cargos formulados contra ella o no probase su inocencia, perdería sus derechos hereditarios a los bienes propios dejados por el de cujus y las ventajas que éste le hubiere otorgado por sus capitulaciones matrimoniales, tal como igualmente lo estatuye el art. 1933 del C. alemán, concordante con los arts. 2077, 2268 y 2335 del mismo cuerpo legal, también citados por Bibiloni.

Art. 217. — Si durante el juicio de separación de cuerpos, la conducta de cualquiera de los esposos, sean o no separados de bienes, hiciere temer enajenaciones fraudulentas de los bienes comunes, podrá el otro solicitar la formación de inventario de ellos y su administración por un tercero de púbiica e intachable conducta, a menos que el cónyuge afectado por estas medidas diere garantías suficientes por el valor de aquellos.

Ver: art. 74 de la ley de matrimonio civil; 631 del Anteproyecto de Bibiloni; y 380 del Proyecto argentino de 1936.
Dado que según los arts. 1276 y ss., del C. argentino y el art. 52 de la ley de matrimonio civil, el marido es el administrador legal de la sociedad conyugal, sociedad cuyo capital es constituido por la dote de la mujer, y de los bienes que el marido introduce al matrimonio, o que en adelante adquiera por donación, herencia o legado (art. 1263 C. Civil), más los bienes donados, o dejados en testamento a marido y mujer conjuntamente con desigación de partes determinadas (art. 1264 ibidem), más los gananciales (art. 1271 a 1273 ibidem), se comprende que, bajo un régimen patrimonial semejante, las medidas precautorias que nos ocupan sean pedidas por la mujer contra el marido administrador legal de la sociedad conyugal.
Mas abrogada la incapacidad civil relativa de obrar de la mujer casada mayor de edad por la ley argentina Nº 11.357, se comprende que viniendo la Comisión argentina de reformas del Código a contemplar la eventualidad de una disipación de bienes o de enajenaciones de bienes durante el juicio de separación de cuerpos, haya modificado el art. 74 de la ley de matrimonio civil en los términos del art. 380 de su Proyecto, que nosotros trasladamos al art. 220 de este Código, como conforme con los dos regímenes patrimoniales admitidos por él: 1º el régimen legal de separación; y 2º el convencional y subsidiario de comunidad limitada de gananciales, de acuerdo con los cuales debe reconocerse a "**cualquiera de los esposos**" el derecho de pedir las medidas precautorias de que se tratan, porque si optando los esposos por el de comunidad de gananciales, fuere el marido administrador contractual de su capital, podría él disipar sus bienes propios o hacer enajenaciones fraudulentas de ellos, en fraude de los derechos eventuales de su mujer sobre la mitad de los gananciales; y si, por el contrario, hubiesen ambos optado por el régimen legal de separación, bien podría ser la esposa la que se hiciere sospechosa de intentar tales enajenaciones, en fraude de los derechos de su esposo a la mitad de los gananciales de ambos, porque aun bajo este régimen los gananciales de los dos cónyuges deben liquidarse, por efecto de la separación de cuerpos, como si los cónyuges hubiesen tenido esta comunidad desde la celebración del matrimonio.

Art. 218. — La sentencia que declare la separación legal de los esposos deberá expresar la causal en que se funde y pronunciarse sobre la culpabilidad del cónyuge que hubiere incurrido en ella.

El cónyuge que según la sentencia no tuviere culpa en la separación personal, conservará los derechos inherentes a su calidad de cónyuge que no sean incompatibles con el estado de separación.

El cónyuge por cuya culpa se haya pronunciado la separación, no tendrá derecho más que a los alimentos, si no tuviera medios propios suficientes. Dicho cónyuge incurrirá en la pérdida de todas las utilidades o ventajas que el otro cónyuge le haya concedido por sus capitulaciones matrimoniales, aunque éstas hayan sido estipuladas con reciprocidad.

El juez, según la gravedad de los hechos de que el cónyuge haya sido declarado culpable de la separación, podrá además privarle del usufructo legal que le corresponda sobre los bienes de sus hijos menores.

Si la sentencia de separación fuere pronunciada por culpa de ambos cónyuges, cada uno de ellos incurrirá en la pérdida indicada en el tercer

apartado del presente artículo, y el juez, según las circunstancias, dictará las disposiciones oportunas en relación al usufructo legal.

El juez, según las circunstancias, y a petición de parte, podrá también prohibir a la mujer el uso del apellido del marido.

Ver: sobre el 1er. apartado, el art. 381 del Proyecto argentino de 1936. Sobre los apartados siguientes, el art. 156 del C. italiano; 320 y 321 C. brasileño; 195 C. venezolano; 273 y 274 C. peruano; 1574, 1577 segundo apartado, 1578, 1584 C. alemán; 146, 151, 152 C. C. suizo; 259, 299, 300, 301 C. francés; 164, 165 C. colombiano; 94, 84 inc. 2º, y 88 C. costarricense; 178, 179 y 153 del C. hondureño; 188, y 170 del C. nicaragüense; 128, 131, 124 del C. guatemalteco.

Art. 219. — La sentencia que haga lugar a la separación de cuerpos, proveerá al mismo tiempo a cargo de cuál de ambos cónyuges quedará la guarda de los hijos menores y la carga de su manutención, educación, instrucción y vestido. Sin perjuicio de la designación del cónyuge obligado a la prestación de alimentos hecha por el Juez, propenderá éste a que los menores de cinco años queden al cuidado de su madre, y los mayores de esta edad, a falta de acuerdo, al del cónyuge más idóneo para educarlos, sin perjuicio de que en consideración a la salud moral y material de los incapaces y de la buena administración de sus bienes, modifique con la conformidad del Defensor General de Menores, el régimen del presente artículo. En ningún caso se confiará la guarda al cónyuge que hubiere sido condenado a reclusión, prisión o deportación.

La madre guardadora de sus hijos menores no podrá trasladarlos al extranjero sin licencia del juez que conoció en la causa.

Ver: art. 76 y 77 L. de M. Civil; 635 y 636 Anteproyecto de Bibiloni; 383 Proyecto argentino de 1936; 155 C. italiano; 325 a 329 C. brasileño.

Art. 220. — Los cónyuges pueden de común acuerdo, hacer cesar los efectos de la sentencia de separación con una expresa declaración hecha ante Notario y Escribano Público o con el hecho de la cohabitación, sin que sea necesaria la intervención de la autoridad judicial.

Ver: art. 71 L. de M. Civil; 378 Proyecto argentino de 1936; 157 C. italiano; 323 C. brasileño.

CAPITULO VIII

De la Nulidad del Matrimonio

Art. 221. — Corresponde exclusivamente al Juez en lo Civil del domicilio conyugal conocer de la nulidad y sus efectos, de todos los matrimonios domiciliados en la República, cualquiera sea el Estado donde se hubieren celebrado. Si el matrimonio se hubiera celebrado en el extranjero, y el marido residiera en el extranjero por haber abandonado a su esposa o por otra causa análoga, la acción de nulidad podrá intentarse ante el Juez del último domicilio conyugal que hubiere constituido y fijado en la República.

Ver: art. 1429 del Esboço de T. de Freitas; 104 de la L. de M. Civil; 15 del Tratado de D. Civil Internacional de Montevideo de 1940; y Busso, opus cit. t. II, ns. 53 y 54, pág. 381.

Art. 222. — Las disposiciones del Libro II, Tít. 5º de este Código relativas a la nulidad de los actos jurídicos, no son extensivas a la nulidad del matrimonio. Las únicas causas de nulidad del matrimonio son las expresadas en el presente Capítulo.

Ver en contra: Art. 228 derogado del Código argentino y no reproducido en la Ley de M. Civil; y art. 1430 del Esboço de T. de Freitas.
El matrimonio es, sin duda, un acto jurídico, el que, como tal, supone discernimiento, intención y liber-

tad de los que, prestando su consentimiento para la perfección del acto, asumen el estado de casados. Desde este punto de vista el matrimonio se nos ofrece parcialmente tangente con los contratos consensuales, pero distinto de éstos en muchas de sus particularidades. Así, el consentimiento no puede expresarse por correspondencia, sino de presente, como reza el art. 180 de este Código; y tampoco les es dado a los contrayentes el derecho de subordinarlo a plazo o condición alguna, ni atribuir valor patrimonial a las prestaciones de recíproca fidelidad, lealtad, asistencia mútua, protección y defensa, alimentos etc., ínsitas en el consentimiento, cuyo contenido es esencialmente moral, jamás fundado en el interés, sino en el amor, como la más noble expresión del altruismo y de la pasión que atrae a un sexo hacia el otro. Los contratos nominados e inominados del Derecho privado son la ley privada de las partes, dictada sin intervención del Estado o de la Iglesia. El matrimonio, por el contrario, se subordina en su validez, a la intervención formal del Estado o de la Iglesia, sin cuyo concurso no hay manera de convalidarlo.
Siendo así, como lo es, no se comprende que pueda ceñirse la nulidad del matrimonio a las leyes generales sobre nulidad de los actos jurídicos.
Bibiloni, con ser el gran jurista que en vida fue, criticó duramente los preceptos de la Ley de M. Civil relativos a la nulidad del matrimonio, en su empeño de uniformar su nomenclatura técnica con la de las disposiciones relativas a los actos jurídicos en general. Mas en el pecado está la penitencia, porque Bibiloni jamás explicó por qué, tratándose del matrimonio permite la ley que el cónyuge capaz pueda demandar su nulidad contra el cónyuge incapaz, como lo dispone el art. 85 inc. 2º de la L. de M. Civil, en perfecta contradicción con lo preceptuado por el art. 1049 del C. argentino, según el cual: **"La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundado en la incapacidad de la otra parte"**. Grande es la diferencia entre un contrato cualquiera llamado a la duración de un tiempo breve, y el matrimonio llamado a durar por el resto de la vida de los contrayentes y concertado, no para obtener ventajas pecuniarias, sino para procrear hijos, en lo que Dios fuere servido de permitirlo. Lógico es así que ante tan elevados fines, el cónyuge que contrajo nupcias en el pleno dominio de su inteligencia, y capaz por tanto para casarse pueda demandar la nulidad de su matrimonio con el otro que consintió en estado de locura, si hubiera ignorado su incapacidad al tiempo de la celebración de su matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida su incapacidad.
En este caso vendría admitida la anulabilidad del matrimonio por inanidad del consentimiento del que en estado de enajenación mental o sea sin discernimiento asintió al acto. Condicionar la anulación al ejercicio de la respectiva acción por el enajenado mental, equivaldría a postergarlo hasta la recuperación definitiva de su salud y condenar al cónyuge capaz a guardar sin término con el paciente la comunidad de vida conyugal, cuando por el art. 145 de este Código, no pueden contraer matrimonio, no sólo el interdicto por enajenación mental, sino también el que por cualquier causa hubiere perdido el uso de su razón que le suma en inconciencia, aunque sea momentánea.
Razón hay, pues, para que en este punto, la anulabilidad del matrimonio se substraiga a los preceptos rectores de la anulación de los actos jurídicos en general. El art. 1045 del Código argentino estatuye la anulabilidad de los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallaren privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, pero en tal supuesto la persona capaz no podrá pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte (art 1049 C C)
La singularidad del matrimonio se manifiesta en otras hipótesis, como en el del matrimonio de una mujer impuber, contraido con el impedimento del inc. 4º del art. 9 de la ley de matrimonio civil. Los menores impúberes son absolutamente incapaces, art. 54 inc 2º C. argentino, porque carecen de discernimiento en los términos del art. 921 del mismo cuerpo legal. Y harto se sabe que los acots cumplidos sin discernimiento, no producen por sí obligación alguna, según así lo preceptúa el art. 900 **ibidem**. Actos tales son nulos, a tenor del art. 1041 C. argentino. Mas, el art. 85 de la ley de matrimonio civil no los reputa nulos, sino anulables, en cuanto, según la buena fe con que el matrimonio se haya celebrado, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta la sentencia de nulidad. En tal supuesto, el matrimonio es putativo, arts. 87 de la ley de matrimonio civil y 1046 del Código argentino.
¿Cuál es la razón de esta diferencia con lo preceptuado por el Código argentino respecto de los actos nulos de nulidad manifiesta, art: 1038 **ibidem**, los cuales se reputan nulos aunque su nulidad no haya sido declarada? Tampoco esta vez Bibiloni no se ha tomado el trabajo de explicarla. El se ha limitado a la crítica del sistema consagrado por la Ley de M. Civil. Le habría bastado considerar que expuesta como está la mujer impuber a concebir, como se han ofrecido casos de impúberes preñadas, no hay ni puede haber interés social a nombre del cual pueda frustrarse la legitimidad del hijo por ella concebido en su matrimonio, pero en el solo interés del cónyuge incapaz, en tanto no haya concebido, o de los que en su representación habrían podido oponerse a la celebración de su matrimonio. Quiere la ley que preñada que sea la esposa, se convalide su matrimonio o se consolide, como dice el Profesor Fassi, de la Universidad de La Plata. El mismo efecto producirá la mayor edad alcanzada por la menor que siendo impuber contrajo matrimonio.
No hace falta mucho esfuerzo para comprender que esta convalidación no se da con los actos jurídicos nulos de nulidad manifiesta, otorgados por personas incapaces de cambiar el estado de su derecho, art. 1040 C. Civil. Tampoco el art. 84 de la L. de M. Civil ha escapado a la crítica de Bibiloni, porque, aun tratándose de los matrimonios absolutamente nulos, estatuye la ley que: **"su nulidad puede ser demandad"**, de suerte que siendo así, no hay nulidad si no la demandan. Si se tratara de los actos jurídicos regidos en su nulidad por los arts. 1037 a 1058 del C. argentino, el acto absolutamente nulo podría ser anulado de oficio por el Juez. Este no sólo puede sino que además debe declarar su nulidad. Este artículo no es aplicable a la nulidad del matrimonio absolutamente nulo, como el celebrado con el impedimento de consanguinidad entre ascendientes y descendientes; o la consanguinidad entre hermanos o medio hermanos, legítimos o ilegítimos; o de afinidad en línea recta; o el de ligamen; o el de crimen, porque el propio artículo 84 de la L. de M. Civil limita el ejercicio de la acción de nulidad al interés del cónyuge que ignoró la existencia del impedimento, y al de los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio. La razón de esta limitación, dice Busso, se halla en el interés que reviste para la sociedad evitar que pueda hallarse comprometida la estabilidad del vínculo mediante la posibilidad de ser impugnado por extraños. (ver autor y opus cits. t. II, Nº 87, pág. 295).
Es posible que la nomenclatura de la nulidad de tales matrimonios sea defectuosa, y que aun tratándose de los casos contemplados en el art. 84 de la Ley de M. Civil sea más correcto decir que no son absolutamente nulos como reza ese precepto, sino meramente anulables, dado que es gran verdad que no hay nulidad si no la demandan, como dice Bibiloni. Mas de aquí a ampliar el ámbito del interés a proteger el cual se autorizaría la acción de nulidad de los matrimonios, hay mucho trecho, porque ocurre con el matrimonio lo que no se ofrece con los demás actos jurídicos en general, y es su naturaleza especial de vínculo personal entre un hombre y su mujer para la procreación de la prole, asunto de su exclusivo interés, en cuya protecciódn no es permisible la ingerencia de extraños sin grave perturbación de las relaciones nacidas de su unión. Sólo son admitidos a demandar la nulidad: 1º el cónyuge que ignoró el impedimento y 2º los que hubieren podido oponerse al matrimonio, o sea los parientes de cualquiera de los esposos, dentro del cuarto grado de consanguinidad, y el Ministerio Público, en interés del orden público.
Viniendo Bibiloni a considerar el art. 86 de la L. de M. Civil encuentra sin sentido que la acción de nulidad no pueda deducirse sino en vida de los esposos. Tampoco esta vez se ha servido explicarnos por qué esa restricción carece de sentido respecto de un acto absolutamente nulo y puede tenerlo tratándose de un matrimonio anulable.
Es lo cierto que una abundantísima jurisprudencia de los tribunales argentinos es uniforme en admitir que esa limitación lo mismo reza con los matrimonios anulables que con los absolutamente nulos, pues, la muerte

de uno de los cónyuges del segundo matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de ligamen, disuelve el vínculo de suerte que siendo así sería ociosa la acción de nulidad, desde que mal se puede disolver por esta vía lo que está disuelto por la muerte, el Profesor S. Fassi arguye que en este caso el matrimonio absolutamente nulo se consolida (ver Rev. LA LEY t. XXVI, -año 1942- pág. 99 y ss.). En cambio, el Profesor Guillermo A. Borda juzga que la consolidación de las nupcias realizadas en violación o fraude de la ley, es un contrasentido (ver autor cit. FAMILIA, t. I, pág.151). Mas, la jurisprudencia es favorable a la convalidación del matrimonio absolutamente nulo por la muerte de uno de los cónyuges del segundo lecho. Tanto Busso (t. II, Nº 7, pág. 319), como Borda (t. 203, pág. 149) sostienen que el principio de la caducidad de la acción de nulidad por muerte de uno de los esposos del segundo matrimonio, no aparece entre las normas señaladas por Varela: la doctrina de antiguos escritores franceses, como Toullier, Domat y Pothier, o bien que la norma del art. 86 no tiene antecedentes en la legislación comparada, y que aun hoy solo ha sido adoptada por la ley chilena de 1884 (art. 34).

Posible es que para esos juristas que pretenden reducir los problemas sociales contemplados por la ley civil al rigor de un silogismo o de una ecuación de matemática, la limitación del ejercicio de la acción de nulidad de un segundo matrimonio celebrado en el extranjero con el impedimento de ligamen por cónyuges que contrajeron primeras nupcias en el Paraguay, sea ilógica, y por tanto inadmisible, sin advertir que este no es el único caso de falta de lógica en la ley, como en efecto lo es que los hijos adulterinos, no tienen para la ley ni padre ni madre, ni pariente alguno de parte de sus progenitores, o que por mera ficción venga la voluntad del mandante constreñida a la necesidad de una prestación a favor de otro en virtud de la aceptación del mandatario.

Posible es también que el art. 86 de la ley de matrimonio civil no tenga antecedentes en el derecho comparado, así antiguo, como moderno, pero no así en el propio Código Civil argentino, cuyo art. 224 es claro y terminante al preceptuar que: "**La acción de nulidad de un matrimonio no puede intentarse sino en vida de los esposos**", y el cual no fue abrogado, sino trasegado al art. 86 de la ley de matrimonio civil.

Mas si se examina el canon 1972 del Código de Derecho canónico según el cual: "**El matrimonio que no se acusó viviendo los dos cónyuges, de tal manera se presume válido después de la muerte de uno de ellos o de ambos, que no se admite prueba contra esta p r e s u n c i ó n, a no ser en el caso de que la cuestión surja incidentalmente**", cabría preguntar a esos juristas del método geométrico de la interpretación de la ley, si también los doctores de la Iglesia se ciñeron a la estricta lógica al cubrir la nulidad de un matrimonio con una presunción iure et de iure de validez por solo la muerte de uno de los cónyuges o de ambos a la vez? Grande y noble es la sabiduría de ese canon por el que el Código de Derecho canónico limita el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio a la vida de los esposos, porque sellados sus labios por la muerte, es contrario a la equidad exponer al supérstite, si lo hubiere, a ventilar sobre los despojos del fallecido la cuestión de saber si obraron de buena o de mala fe al contraer un matrimonio nulo.

Esto no era ninguna novedad o extravagancia para Vélez Sarsfield, según lo acredita el art. 224 del código de su nombre, como acorde con la tradición jurídico-religiosa del matrimonio de su época.

Lo nuevo es la segunda parte del art. 86 de la ley de matrimonio civil por la cual se confiere al cónyuge del primer lecho acción de nulidad perpetua contra el segundo matrimonio del otro, aun después de fallecido el consorte de éste, tal como el canon 1701 del C. de D. canónico lo estatuye respecto de las acciones de estado, en perfecta contradicción con el art. 4019 del C. Civil, según el cual, la única acción de esta imprescriptible es la relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo (inc. 2º).

Agrega el precepto que: "**Si se opusiera la nulidad del primero, se juzgará previamente esta oposición**".

Esto sí que es ilógico, porque al mismo tiempo que se consagra una causa de extinción de la acción de nulidad, se la niega por una aparente excepción en favor del cónyuge del primer lecho sin otro interés que el de litigar, con absoluto desdén del daño que pueda ocasionar a los hijos nacidos del segundo matrimonio del demandado.

La perpetuidad de esta acción permitiría intentarla aun pasados muchos años de silencio del cónyuge ofendido, como el silencio y la inacción del titular de un derecho, como el que nos ocupa, no indujera conformidad o aceptación y fundara su prescripción, salvo las acciones enumeradas en el art. 4019 del C. argentino. Cuando la propiedad se pierde por u s u c a p i ó n, por qué no caducaría la acción de n u l i d a d conferida al esposo del primer lecho contra el segundo matrimonio de su cónyuge, o no se limitaría en el tiempo su ejercicio, cuando es de interés social que las relaciones jurídicas se definan en bien de la paz y la tranquilidad de los particulares.

Tales son las razones que nos indujeron a conceder el art. 205 de este Código, con mira a resolver el grave problema social de la multiplicación indefinida de los hijos habidos de segundos matrimonios, coloreados por la sanción de nulidad.

Nos apartamos en este punto del Anteproyecto de Bibiloni, por cuyo art. 589 los matrimonios nulos están expuestos a la acción de todos los que tengan interés en obtener la declaración de su nulidad, con el agravamiento de que su nulidad puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, como respecto de los actos jurídicos en general está preceptuado por el art. 1074 del C. argentino, con la única excepción de los matrimonios disueltos por la muerte (art. 589 ibidem), que no pueden ser anulados de oficio por el Juez, ni a requerimiento del Ministerio Público, pero sí de cualquier interesado.

Análoga es la decisión del art. 388 del Proyecto argentino de 1936, por lo que también nos apartamos de ella.

Art. 223. — Es nulo el matrimonio celebrado mediando alguno de los impedimentos establecidos en los artículos 142, 143, 144 y 145 de este Código; y el celebrado sin observancia de las formas y solemnidades prescriptas por los arts. 171 y 178.

Si cualquiera de los impedimentos mencionados no pudiera evidenciarse sin una investigación de hecho, el matrimonio sólo será anulable.

En ningún caso la nulidad será declarada de oficio. Tienen acción para demandarla el cónyuge que ignoró la existenica del impedimento y los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio.

Ver: art. 84 ley de matrimonio civil; 587 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 387 del Proyecto argentino de 1936. En estas dos obras legislativas (art. 587 inc. 2º de la primera) e inc. 2º del art. art. 388 de la segunda, se estatuye que: "**Es también nulo el (matrimonio) que no se hubiere celebrado ante el oficial público en presencia de los testigos que exige la ley**", a lo que parece, como sanción de la omisión o subversión de las formas y solemnidades a que se subordina la validez del acto. La sanción es legítima, como lo es la similar del art. 1044 del C. argentino, pero la redacción del precepto no parece aceptable, porque si el matrimonio no se hubiere celebrado ante el oficial público, sencillamente no habría matrimonio, ni nulidad que declarar. Acogida la idea, optamos por la forma elocutiva del in fine del parágrafo 1º del art. 226 de este Código que dice: "**y el celebrado sin observancia de las formas y solemnidades prescriptas por los arts. 167 y 168**".

Igualmente rechazamos del Anteproyecto de Bibiloni la decisión de exponer el matrimonio a su anulación de oficio por el Juez, cuando su nulidad es absoluta, salvo el caso de estar disuelto por la muerte de uno de los cónyuges (art. 589), proposición no corregida por el Proyecto argentino de 1936 (art. 388).

La declaración de oficio por el Juez de la nulidad de un matrimonio absolutamente nulo es contraria a la tradición paraguaya observada en más de 60 años de vigencia de la ley del 2 de diciembre de 1898, copiada literalmente de la ley argentina de matrimonio civil, inspirada en la preservación respetuosa del sagrario del hogar de toda ingerencia de extraños y especialmente de la oficiosa del Juez y del Ministerio Público. No produjo esta ley el art. 228 del Código de Vélez Sarsfield, con que sentó la doctrina según la cual el matrimonio no se rige en su nulidad por las disposiciones relativas a la nulidad de los actos jurídicos, sino por sus leyes propias, tal como lo sostuvo el senador argentino Derqui al informar a la Cámara de que hacía parte sobre los fundamentos de la ley (Diario de Sesiones, Senado, año 1888, pág. 523).

No todos los matrimonio absolutamente nulos del art. 84 de la ley de matrimonio civil son de nulidad manifiesta, de suerte que siendo así mal podría el Juez pronunciarse de oficio a su respecto, como ocurriría en la hipótesis de un caso de incesto, propuesta por el Profesor Fassi, de un padre natural que ignorando que la niña salida de un asilo es hija suya, se casa con ella. La nulidad de este matrimonio no sería manifiesta, sino dependiente de juzgamiento, porque su conocimiento se condicionaría a una investigación de hecho. Y aun si la nulidad fuera manifiesta, como en la hipótesis de un segundo matrimonio celebrado en el extranjero al favor de una sentencia de divorcio vincular dictada también por tribunales extranjeros, a qué título se la anularía de oficio por el juez si el cónyuge del primer lecho también se casa en el extranjero y se desinteresa en absoluto de su anulación.

Tales son las razones que abonan el parágrafo 3º de nuestro art. 226, por el que se preceptúa que en ningún caso la nulidad será declarada de oficio y se confiere exclusivamente el ejercicio de la respectiva acción al cónyuge que ignoró el impedimento y a los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio.

Nuestro artículo llena un sensible vacío señalado tanto en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936, al incluir entre los impedimentos capaces de producir la nulidad del matrimonio, los nacidos del parentesco civil constituido por la adopción.

Art. 224. — Será igualmente nulo el matrimonio contraído por el esposo o la esposa del cónyuge desaparecido, en violación de la prohibición del art. 146, si éste retornare o se comprobara su existencia.

Si resultara que el esposo desaparecido vivía ciertamente al tiempo de la celebración del segundo matrimonio, pero que luego falleció, la nulidad no podrá pronunciarse.

Ver: art. 68 C. Italiano.

Art. 225. — El matrimonio contraído por personas de las cuales, aunque sea una sola de ellas, no haya cumplido la edad fijada en el art. 141 será anulable a requerimiento del contrayente menor de edad, de su padre, y en defecto de éste de la madre. El derecho a su impugnación se extinguirá desde el momento que el menor haya cumplido la mayor edad, o si el menor fuera la mujer, desde que ésta haya concebido, y si la impugnación se hubiera intentado antes, el juicio se sobreseerá.

Ver: art. 85 inc. 1º de la ley de matrimonio civil; 118 C. italiano; 209, 213 y 215 C. brasileño; 185 inc. 2º C. francés; 128 C. C. suizo; 201 inc. 2º C. uruguayo; 120 del C. venezolano; 142 y 143 del C. peruano; 237 del C. mexicano; 143 del C. colombiano; 97 inc. 1º C. hondureño y 94 inc. 3º del C. guatemalteco.

Una vez más nos apartamos de las valiosas sugestiones del Anteproyecto de Bibiloni, contrarios a la confirmación del matrimonio anulable de los menores de edad matrimonial ni por la mayor edad cumplida por ambos, ni por el embarazo de la menor. (ver arts. 590 inc. 3º de la primera redacción del Anteproyecto y en contra el art. 389 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936).

"La pobre niña embarazada, dice Bibiloni, no deja de ser una incapaz de contraer matrimonio, y ni ella, ni sus protectores naturales, deben ser privados de salvarle de una unión desgraciada, o contraída en virtud de maniobras o artería, que su edad no le permitía comprender o substraerse de ellas. El estado de gravidez no puede influir para consolidar la desgracia,, digan lo que digan la mayor parte de los códigos e impedir la salvación de la víctima. El interés del hijo queda salvado por disposición de la ley que reconoce su legitimidad" (ver autor y opus cits. t. I, pág. 214).

Ante la decisión contraria de la mayor parte de los códigos modernos, este parecer de Bibiloni, resulta singular, que mal podríamos seguir sin desdeñar las directivas de la unificación externa de nuestra ley civil, y el parecer contrario de otros juristas, no menos eminentes. Así, apostillando Bevilaqua el art. 215 de su Código, dice: "Si la mujer menor de diez y seis años, siendo núbil de hecho, aunque no de derecho, se torna grávida; merece, en atención al hijo concebido que establece un lazo más fuerte en la unión de los cónyuges, que el derecho le asegure el medio propio, en que se debe desenvolver, que es la familia constituida por sus genitores; y, además, en atención al respeto, con que la sociedad rodea a la mujer en su calidad de madre, razón por la cual el Código no permite que se anule su casamiento. Se prohibe el matrimonio a las menores de diez y seis años y a los menores de diez y ocho, porque tales personas, aun siendo capaces de procrear, no se hallan en condiciones de constituir y dirigir una familia; no obstante lo cual, la familia se constituye, definitivamente, con la superveniencia del hijo, que la gravidez revela. El Código acepta el hecho, y defiende la existencia de esa familia, a pesar de la irregularidad de su constitución" (ver autor y opus cit. t. II, pág. 78).

Art. 226. — Es anulable el matrimonio celebrado por cualquiera de los esposos con el impedimento del art. 145. Si al tiempo de la celebración del matrimonio, existía ya sentencia de interdicción pasada en autoridad de cosa juzgada, o bien si la interdicción se hubiere pronunciado posteriormente, pero existiendo la enfermedad mental en el momento del matrimonio,

la impugnación podrá ser promovida por el curador del interdicto o por los que hubieren podido oponerse al matrimonio.

La acción no podrá ser promovida si después de revocada la interdicción, los esposos han hecho vida marital.

Ver: art. 85 inc. 2º ley de matrimonio civil; 119 C. italiano; 121 C. venezolano; 132 inc. 1º y 82 inc. 2º C. peruano.

Art. 227. — El matrimonio puede ser anulado a instancia de aquel de los esposos que, aun cuando no declarado en interdicción, pruebe haber sido incapaz de entender o de querer, por cualquier causa, aun transitoria, en el momento de la celebración del matrimonio, siempre que no haya hecho vida marital por un mes después de haber recuperado la plenitud de sus facultades mentales. La acción podrá ser igualmente promovida por el otro cónyuge si hubiere ignorado al tiempo de la celebración del matrimonio la incapacidad accidental de su consorte y no hubiere cohabitado con él después del matrimonio.

Ver: art. 85 inc. 2º de la ley de matrimonio civil; 120 C. italiano; 590 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 123 C. C. suizo; 139 C. peruano; 156 inc. VIII) y 246 C. mexicano; 183 inc. IX) y X) y 209 C. brasileño Bien dice Curti-Forrer al glosar el art. 123 del C. C. suizo que la falta de discernimiento anterior o posterior al matrimonio carece de importancia a los efectos de la impugnación estatuida para la hipótesis de pérdida accidental del uso de la razón al tiempo de consentir.
La falta transitoria de discernimiento puede producirse por una turbación momentánea de las facultades mentales producida por hipnosis o ebriedad en grado tal que excluya la aptitud mental para discernir por todo el tiempo de duración de la ceremonia, lo que prácticamente no es imposible.

Art. 228. — Será igualmente anulable el matrimonio celebrado con el impedimento del art. 147 a instancia del cónyuge que hubiere ignorado que el otro esposo adolecía de enfermedad crónica contagiosa, transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, como la embriaguez consuetudinaria y el uso habitual de tóxicos enervantes.

Ver: art. 147 inc. 2º C. peruano, según el cual, la hipótesis contemplada en nuestro art. 232 es de ignorancia de algún defecto substancial del paciente de enfermedad incurable, transmisible por contagio o por herencia, y de cualquier vicio que constituya peligro para la prole.
La ignorancia no debe confundirse con el error sobre la identidad del otro contrayente. La ignorancia es la ausencia de toda noción sobre un hecho cualquiera, al paso que el error no es sino una noción falsa de la realidad.
Véase igualmente sobre este caso el inc. 2º del art. 590 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el inc. 2º del art. 389 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 229. — Los matrimonios celebrados con el impedimento del art. 149 quedarán sometidos al régimen legal de separación de bienes. El esposo infractor no podrá hacer donaciones al otro.

Ver: art. 226 C. brasileño.

Art. 230. — Será anulable el matimonio celebrado con el impedimento del art. 150, pero su anulación sólo podrá ser demandada por la persona cuyo asentimiento se exigía y por aquel de los esposos para el cual el asentimiento era necesario.

La acción no podrá promoverse si el matrimonio ha sido expresa o tácitamente aprobado por la persona cuyo asentimiento se exigía, o transcurrido tres meses desde la noticia de haberse contraido matrimonio en infracción del art. 150.

Tampoco podrá promoverse la acción por el cónyuge para el que el asentimiento era necesario, desde que haya cumplido la mayor edad.

Ver: art. 121 C. italiano.

Art. 231. — Será anulable el matrimonio celebrado sin la publicidad necesaria o a puertas cerradas, siempre que ello hubiere respondido al propósito doloso de substraerse a una oposición, o de violentar a uno de los contrayentes para obligarle a suscribir el acta contra su voluntad.

La misma regla se aplicará en caso de celebrarse el matrimonio ante un oficial público incompetente.

Ver: art. 590 inc. 5º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni e inc. último del art. 389 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 232. — Será anulable el matrimonio si el consentimiento de uno de los contrayentes fuere viciado de error esencial sobre la identidad de la persona del otro cónyuge, su honra y buena reputación, siendo tal este error que su conocimiento ulterior torne insoportable la vida en común al cónyuge engañado. Lo será igualmente si el paciente de error hubiere ignorado que el otro cónyuge fue autor de un delito criminal infamante anterior al matrimonio, juzgado por sentencia firme y condenatoria a cuatro años o más de penitenciaría, cuando el conocimiento posterior de ello, le haga insoportable la vida en común. Podrá igualmente demandarse la nulidad del matrimonio por el marido engañado por su esposa sobre su virginidad.

La anulación del matrimonio por error sólo podrá intentarla el cónyuge engañado.

Ver: art. 85 inc. 3º y 16 de la ley de matrimonio civil; 219 del C. brasileño; 550 inc. 2º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 4º de su art. 590; 389 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 122 del C. italiano; 180 segunda parte del C. francés; 101 inc. 2º C. español; 112 C. de Luisiana; 1332, 1333 y 1334 C. alemán; 124 y 125 C. C. suizo; 147 C. peruano; 118 inc. 2º C. venezolano; 32 y 33 inc. 1º ley chilena del 10 de abril de 1884; 199 C. uruguayo; 140 inc. 1º y 1512 C. colombiano; 111 inc. 2º C. ecuatoriano; 235 inc. 1) C. mexicano; 97 inc. 1º y 70 C. costarricense; 111 inc. 1º y 195 C. nicaraguense; 141 inc. 4º C. hondureño; 94 inc. 1º y 119 inc. 1º C. guatemalteco.

No nos explayaremos acerca del vicio de error, el cual, como se sabe, suprime la intención, sin cuyo concurso el acto no produce obligación alguna (arts. 922 y 900 del C. argentino). Sin intención, el consentimiento es inane. Sin consentimiento no hay ni puede haber matrimonio. El error sobre la persona es el error facti o de hecho, por oposición al error iuris relativo a la esencia de las propiedades y dotes del matrimonio. El error sobre la persona es error substancialis en cuanto se refiere a la esencia física del matrimonio. Tiene lugar cuando queriendo una persona casarse con A, se casa con B, hipótesis que, aun siendo al parecer, paradojal, desde que nadie que esté en sus cabales admitiría una burda substitución física del amado o la amada, ni aun en la obscuridad, ni en caso de ceguera, ni de hermanas o hermanos gemelos, es consagrado por el canon 1083 del Código de Derecho canónico, según el cual: "**Error circa personam invalidum reddit matrimonium**", o sea que el error acerca de la persona misma hace inválido el matrimonio. Harto se sabe que buena parte de la doctrina preponderante en la legislación laica, viene directamente inspirada por el Derecho canónico. Acaso este error pudiera darse en algún matrimonio celebrado por poder especial entre contrayentes acercados por esas agencias matrimoniales dedicadas a este género de contrato proxenético o de comisión y que abundan en las grandes urbes. Este error sería el que recayese sobre "**el individuo físico**" que dice el art. 16 de la ley de matrimonio civil. Suprimimos lo que sigue: "**o de la persona civil**", que, como bien dice Bibiloni, nadie sabe lo que es (ver autor y **opus** cit. t. I, pág. 200, edición Kraft). Basta, pues, con que la ley se refiera al error sobre la identidad del otro cónyuge, locución comprensiva del error relativo a su honor y su buena reputación, de suerte que su conocimiento ulterior torne insoportable la vida en común al cónyuge engañado, tal como lo preceptúa el inc. 1) del art. 219 del C. del Brasil. El honor o la honra equivale, como dice Bevilaqua, al valor moral del individuo, traducido en consideración social. La buena reputación o fama es la estimación social de que la persona goza (autor y **opus** cits. t. II, pág. 87). Elementos son éstos de esencial importancia en la constitución de un vínculo moral, como es el nacido del matrimonio. Ellos configuran la personalidad humana. ¿Cómo ha de ser lo mismo, pregunta Bibiloni, casarse con un presidiario que con un hombre de honor? ¿Cómo ha de ser idéntica cosa, la niña honesta con quien se ha creído contraer vínculos de afecto, de respeto mútuo, por la vida entera, que la mujer manchada, que oculta su embarazo, para asegurar su presa? (**opus** cit. t. I, pág. 200).

Esta extensión de la idea de "**identidad de la persona**", de lo físico a lo moral de la personalidad, también procede del Código de Derecho Canónico, el cual admite en el inc. 2º del cánon 1083 el "**error circa qualitatem personae**", que sólo invalida el matrimonio si redunda en error acerca de la persona misma, "**si error qualitatis redundet in errorem personae**" (vide Knecht, **opus** cit. pág. 423).

Tal es la doctrina consagrada por los arts. 1333 y 1334 del Código alemán y el 124 del C. C. suizo, los cuales se refieren al error sobre las cualidades esenciales o intrínsecas de la persona, como la lealtad esencial del carácter, la virginidad de la novia, o cualidades corporales, como la aptitud para la generación o el parto, salud no muy comprometida; etc. El error sobre circunstancias objetivas, como la condición de fortuna, no se toma en cuenta.

Igualmente esenciales son los dos ultimos errores señalados en el artículo 1º: la ignorancia de haber sido el otro cónyuge condenado a cuatro años o más de penitenciaría, juzgado por sentencia firme anterior al matrimonio: y 2º la ignorancia del desfloramiento de la esposa, también anterior al matrimonio por cópula con otro que el impugnante.

En ambos casos debe producir el error al que lo padece una decepción tan repulsiva del ánimo que cause aborrecimiento de la idea de proseguir compartiendo la vida en común de lecho, mesa y techo, como es de la esencia del vínculo moral constituido por el matrimonio.

A estos errores, se los conoce por Derecho Civil canónico como **error antecedens sive dans causam contractui**, pero que no invalida el consentimiento. Para la iglesia este error sería **error qualitatis** que según la lógica de sus doctores no desplaza la simultaneidad o coincidencia de la declaración y la voluntad real. El que por tales causas se dice engañado habría recibido verdaderamente, dice Knecht, aquella persona hacia la cual había dirigido su consentimiento matrimonial; coinciden la declaración de voluntad y la voluntad real, y con esto se realiza el contrato y se hace indisoluble el matrimonio, sin que nada importe que posteriormente uno de los esposos se encuentre con la desagradable sorpresa de que el otro carece de las cualidades que él le atribuía; por ejemplo, que es pobre y no rico, que es de origen humilde y no distinguido, enfermo y no sano, inmoral y no moral; y es indiferente que la parte engañada no se hubiera casado jamás con la otra, caso de haber sabido debidamente estas cualidades, pues luego de que se ha expresado correctamente el consentimiento matrimonial no cabe preguntar lo que una persona hubiera querido en tales circunstancias, sino lo que realmente ha querido.

Apostillando esta parte de su exposición agrega nuestro autor que: "lo mismo puede decirse en el caso de que alguien tenga por virgen a la mujer con la que se casa, cuando en realidad ha perdido la doncellez, o es una ramera, e igual si fue embarazada por un tercero, no se transforma el **error qualitatis** en **error personae** y por eso no es impugnable el matrimonio. Cita a este propósito el fallo que a 24 de febrero de 1720 dictó la S. C. C., por el que convalidó un matrimonio en el cual la prometida estaba embarazada de su propio padre y le había escondido su estado al otro cónyuge, pariendo a los cinco meses de la celebración del matrimonio. Según esta misma doctrina, algunas enfermedades, como la lepra y otras graves dolencias, aun cuando existieran antes de la celebración del matrimonio y fueran desconocidas, no constituyan un impedimento dirimente ni impediente, y por tanto no pueden dar lugar a la disolución del matrimonio (ver autor y opus cits. pág. 426 y ss., y nota 2326).

Esta doctrina fue expuesta en el Derecho laico por Pothier (Contrat de Mariage, ns. 308 a 314), que es de donde procede el art. 180 del C. frfancés, sobre cuyo sentido se han esbozado tres distintas interpretaciones: 1º la que reduce el error **in personae** al que recae sobre la persona física tal como lo concibió Pothier; 2º la que lo extiende a la **identidad civil** sin que haya error sobre la persona física, como en el caso del aventurero que con pasaportes falsos o substraido a otro, se hace pasar por éste, con nombre distinto y así se hace recibir por esposo de la mujer engañada, doctrina sostenida por Aubry y Rau, t. VII, parág. 462, nota 6, pág. 97, 5ª edición; y Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, t. III, nº 1738, pág. 360; y 3º la sostenida por Demolombe, t. III, nº 253; Huc, t. II, ns. 75 y ss.; Colin y Capitant, t. I, pág. 169 según la cual el error sobre las **cualidades substanciales** de la persona, no sólo sociales o civiles, sino también físicas o morales, puede bastar, según las circunstancias, para anular el matrimonio. La jurisprudencia francesa parece inclinarse a esta interpretación (ver Rouast in Planiol y Ripert, opus cit. t. II, nº 102, pág. 89). Tal es la doctrina prevaleciente en la legislación moderna y la consagrada por los arts. 1333 y 1334 del C. alemán y 124 del C. C. suizo; 219 del C. brasileño, y la sostenida por Bibiloni en el art. 550 inc. 2º de su Anteproyecto y por la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 390 del Proyecto de 1936.

El art. 122 del Código italiano admite la anulabilidad del matrimonio por **error obstativo** o sea por el error que recae sobre la identidad civil y social (además de la física) del otro cónyuge. Cuanto al error sobre las cualidades, dos doctrinas se han expuesto: la una que lo juzga irrelevante en los términos de su inc. 2º, y la otra que lo admite, por ejemplo, si recae sobre el estado nobiliario, sobre la procedencia de una determinada familia, sobre la existencia de una condena penal, sobre la virginidad, sobre el estado eclesiástico, sobre enfermedades graves, sobre la nacionalidad, sobre la confesión religiosa etc. (ver Messineo, t. III, pág. 73).

La verdad es que el inc. 2º del art. 122 es punto menos que una versión al romance del inc. 2º del cánon 1083 del Código de Derecho Canónico, a tenor del cual para que el error sobre las cualidades invalide el matrimonio debe redundar en error sobre la persona misma. Mas ya hemos dicho que el Código de D. Canónico no confiere efectos disolutivos del vínculo, por nulidad, al error **qualitatis**. La antinomia de los dos incisos del citado precepto sólo podrá ser conciliada por la jurisprudencia.

Art. 233. — La anulación del matrimonio sólo podrá ser demandada por el cónyuge engañado, por sí o por mandatario munido de poder especial. La acción quedará extinguida para el hombre, si ha cohabitado con su mujer, tres días después de conocido el error, y para ésta dentro de los ciento ochenta días desde que conoció la causa de su error, y en el caso de rapto, desde que ella fue restituida a su plena libertad.

Ver: sobre el primer parágrafo, art. 220 C; brasileño. Sobre el plazo de tres días para el hombre, el parágrafo 2º del Inc. 3º del art. 85 de la Ley de M. Civil, y sobre los 180 días para la mujer, el art. 391 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 234. — La acción de nulidad por error a que se refiere el artículo anterior no compete a los acreedores del cónyuge, ni tampoco a sus herederos, pero éstos podrán proseguir la iniciada por su causante, si fuera previa a una demanda de carácter patrimonial. En el mismo supuesto, tendrán derecho a continuarla los sucesores del demandado, aunque mediare desistimiento del actor.

Ver: art. 392 Proyecto argentino de 1936 y 592 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 235. — Si el consentimiento de uno de los cónyuges fuere viciado por violencia, podrá el violentado demandar la nulidad del matrimonio en la forma y plazos del art. 238, apreciada la violencia de conformidad con los arts. 529 á 536 de este Código.

El art. 16 de la Ley de M. Civil incluye el dolo entre los vicios que autorizan la acción de nulidad del matrimonio. Nosotros, siguiendo en este punto a la doctrina francesa, también recibida por Bibiloni en su Anteproyecto, art. 550, lo omitimos por las dificultades a que se ofrece su apreciación sobre los diversos casos de error directo, no causados al favor de una maquinación o maniobra concebida para causar daño al engañado, sea por el otro contrayente o por un tercero.

El Proyecto argentino de 1936 admite por su art. 389 Inc. 4º la anulación de un matrimonio por vicio de dolo.

Art. 236. — La anulación de un matrimonio absolutamente nulo o anulable, y aunque ambos cónyuges sean de mala fe, no obsta a la legitimidad del hijo concebido o habido antes de la sentencia que la declare.

Los derechos y obligaciones de los padres y de los hijos serán regidos por las disposiciones aplicables en caso de separación de cuerpo.

Ver: art. 109 C. español; 133 C.C. suizo; 217 C. brasileño; 255 y y256 C. mixicano y 149 del C. colombiano. Compartimos en absoluto la docrtina civil suiza y brasileña favorable a la abolición de la inhumana categoría de los

"hijos putativos", con apariencia de "legítimos" cuando sus dos progenitores o uno solo de ambos fuere de buena fe, según así lo estatuyen los arts. 87 y 88 de la ley de matrimonio civil, y con el estigma de "ilegítimos" cuando padre y madre fueren de mala fe, según así lo preceptua el art. 89 de la misma ley. Nadie sabe en nombre de qué interés se castiga al hijo inocente de padres casados de mala fe, infamándole para el resto de su vida con la afrenta de "la clase en que los pusiere el impedimento que causare la nulidad", cuando ellos no han elegido a sus padres. Bien está que éstos carguen con su responsabilidad, pero dada la intransmisibilidad de la culpa, no hay razón valedera alguna para mantener en este Código el anacronismo de los "hijos putativos", dejando recaer sobre un ser inocente la falta imputada a aquéllos. "El C. C. S., dice Curti-Forrer, no conoce a los hijos "putativos" del derecho común (hijos habidos de un matrimonio nulo en el cual uno al menos de los cónyuges era de buena fe), porque la buena fe de los progenitores no tiene influencia alguna sobre la situación jurídica de los hijos. El padre y la madre de estos hijos tienen los mismos derechos que los legítimos para consentir su matrimonio. (ver autor y opus cits. pág. 113).

El art. 217 del C. brasileño limita la legitimación a sólo los concebidos o habidos de matrimonios anulables, al paso que el C. C. suizo extiende este favor aun a los habidos de matrimonios absolutamente nulos, como lo estatuye nuestro art. 239.

En contra: art. 601 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni, y la glosa de éste al art. 599 (t. I, pág. 222 y ss.), y art. 395 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 237. — Es igualmente anulable el matrimonio por causa de impotencia perpetua, absoluta o relativa existente al tiempo de celebrarse el matrimonio.

La acción puede ser propuesta por cualquiera de ambos cónyuges.

La impotencia para engendrar puede ser propuesta sólo si uno de los cónyuges carece de los órganos necesarios para la generación.

La acción corresponde al otro cónyuge, siempre que no haya tenido conocimiento de este defecto antes del matrimonio, y puede ser propuesta pasado tres meses desde el momento en que haya tenido conocimiento de ella.

Ver: art. 123 C. Italiano y 85 Inc. 4º de la ley de matrimonio civil.

Art. 238. — Consiste la mala fe de los cónyuges en el conocimiento que tenían o debieron tener el día de la celebración del matrimonio, acerca de la causal que determinó la nulidad.

El error o la ignorancia, sea de hecho o de derecho, no perjudican la buena fe.

El cónyuge que no tuviere la edad necesaria para contraer matrimonio y el que padeció violencia al manifestar su voluntad, serán siempre considerados de buena fe.

Ver: arts. 90 de la ley de matrimonio civil; 602 y 603 del Anteproyecto de Bibiloni y 396 Proyecto argentino de 1936.

Art. 239. — Ninguna excepción fundada en la nulidad del matrimonio puede ser opuesta a un tercero respecto del acto jurídico celebrado por éste y uno de los cónyuges, ni de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada dictada en juicio trabado entre ellos, sino cuando al tiempo de la conclusión del acto o de incoarse la acción, se haya declarado nulo el matrimonio o era conocida la nulidad por el tercero.

La nulidad podrá invocarse sin esta restricción cuando se fundare en un vicio de forma y el matrimonio no se hallare inscripto en el Registro del Estado Civil.

Ver: art. 92 ley de matrimonio civil; art. 1344 C. alemán; 598 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 394 del Proyecto argentino de 1936.

El art. 1344 del C. alemán que trasegamos al 239 de este Código es una excepción al principio según el cual se considera como no contraído el matrimonio declarado nulo o anulado, salvo los casos de la buena fe de ambos cónyuges o de uno solo de ellos, en que se los considera válidos hasta la sentencia de nulidad, como matrimonios putativos que son. La excepción establecida por nuestro artículo a los efectos de la nulidad (**lato sensu**) del martimonio, se inspira en las exigencias de la seguridad de los negocios y de la fe debida a la toma de razón del acto en el Registro del Estado Civil, para evitar que los terceros que, teniendo por válido el matrimonio, contrataron con uno de los cónyuges, o le promovieron una demanda, sean burlados con la sola invocación de la nulidad respecto de la eficacia del acto, a menos que el tercero consienta en que se le aplique las consecuencias de la nulidad. Esta regla es aplicable respecto de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y dictada en un pleito del tercero con uno de los cónyuges, salvo que al tiempo de la conclusión del negocio o de incoarse la acción se haya declarado nulo el matrimonio o era conocida la nulidad por el tercero.

El **in fine** del artículo es harto claro al preceptuar que el tercero no puede pretender la eficacia del negocio que estipuló con uno de los cónyuges cuando la nulidad del matrimonio se fundare en un vicio de forma, como por ejemplo, si el matrimonio se hubiere celebrado ante un oficial público incompetente.

Art. 240. — El matrimonio celebrado entre personas a las cuales este Código se lo prohibe por los incisos IV a VII del art. 142 no será anulado. El matrimonio de estas personas revoca de pleno derecho la adopción, respecto de las partes y de terceros.

Ver: art. 129 C. C. suizo, y 1771 del C. alemán. Revocada la adopción ipso iure, sus efectos se producen exnunc, sólo para el porvenir. Los efectos que la adopción ha producido en el pasado, quedan intactos.
En cuanto á la extensión de la revocación, difieren los códigos suizo y alemán. Según el art. 129 del primero, la revocación produce sus efectos respecto de los esposos y de los terceros, al paso que según el art. 1771 del C. alemán ellos sólo afectan a los esposos. Agrega este precepto que "si el matrimonio es nulo, y uno de los esposos tiene la patria potestad sobre el otro, queda destituído de ella por el hecho del matrimonio" y agrega que: "la caducidad no tiene lugar si la nulidad del matrimonio se funda en un vicio de forma y se ha omitido su inscripción en el Registro" del Estado Civil, se entiende.

Art. 241. — Cuando hay posesión de estado y existe el acta de la celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su validez.

Ver: art. 101 inc. 2º ley de matrimonio civil y 597 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 242. — La sentencia de nulidad de un matrimonio nulo o anulable producirá con respecto a la persona y bienes de los esposos, los siguientes efectos:

1. — Si el matrimonio se ha contraído de buena fe por ambos cónyuges, será válido hasta el día de la sentencia. A partir de ella y en cuanto a los cónyuges, quedarán éstos destituidos de todos los derechos y eximidos de todas ls obligaciones emergentes del matrimonio, con la sola excepción de prestarse alimentos en caso necesario; y en cuanto a los bienes, quedarán éstos de pleno derecho separados si los cónyuges hubieren estipulado capitulaciones matrimoniales, sin perjuicio de las ventajas o liberalidades acordadas a la mujer, de las que ésta no podrá aprovecharse sinò después del fallecimiento de su marido, si ella le sobreviviere, y si, por el contrario, hubieren optado por el régimen legal de separación, se considerará que los cónyuges han tenido comunidad de bienes desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

2. — Si sólo hubo buena fe de parte de uno de los esposos, será válido el matrimonio, hasta el día de la sentencia, sólo respecto de él. El cónyuge de mala fe quedará destituido de todos los derechos emergentes del matrimonio y de todas las ventajas que el cónyuge de buena fe le hubiere acordado por sus capitulaciones matrimoniales, e igualmente de las facultades inherentes a la patria potestad sobre sus hijos, pero no de sus obligaciones.

3. — Si el matrimonio fue contraído de mala fe por ambos cónyuges, no producirá efecto civil alguno, salvo los derechos que por este Código se confieren a los concubinos que han registrado su unión de hecho. Si los esposos hubieren ajustado capitulaciones matrimoniales, quedarán éstas sin efecto. Los bienes comunes y gananciales se separarán y liquidarán como está dispuesto para las sociedades de hecho.

Ver: art. 89 ley de matrimonio civil; 599 a 601 del Anteproyecto de Bibiloni y 395 del Proyecto argentino de 1936.
Las modificaciones observadas en nuestro art. 242 en relación a los mencionados precedentes legislativos, consultan el régimen patrimonial del matrimonio instituido por este Código.
Dado lo dispuesto en el art. 236 respecto a los hijos habidos de matrimonios nulos o anulados, era ocioso volverlo a preceptuar esta vez.

Art. 243. — El resarcimiento debido por el cónyuge de mala fe a la esposa de buena fe por efecto de la sentencia de nulidad, comprenderá también una equitativa indemnización por el menoscabo que le resultare para el porvenir.

Ver: art. 109 ley de matrimonio civil; 139 C. italiano; 134, 151, 152 C. C. suizo; 1345 C. alemán; 657 del Anteproyecto de Bibiloni y 397 del Proyecto argentino de 1936.
Las indemnizaciones debidas por el cónyuge de mala fe al de buena fe, estatuidas por los arts. citados más

arriba, son regladas, como en caso de divorcio. La "equitativa indemnización" a cargo del cónyuge que al tiempo de contraer matrimonio conocía el impedimento y lo calló a su consorte, según lo preceptuado por el art. 151 del C. suizo, tiene por fin, dice Curti-Forrer, compensar una pérdida pecuniaria o esperanzas; es una indemnización en sentido estricto. Exigiendo la equidad que la indemnización sea igual a la pérdida, se deberá tener en cuenta las ventajas eventuales que el habiente derecho obtiene de la sentencia, por ejemplo la posibilidad para la mujer de sacar partido del ejercicio de una profesión. La gravedad de la culpa puede tener importancia. La indemnización puede no ser exclusivamente pecuniaria. Puede el juez atribuir al cónyuge inocente en plena propiedad objetos muebles pertenecientes a la contraparte. La reparación moral tiene carácter de pena. El C. C. suizo no indica el máximum calculado proporcionalmente a la fortuna y recursos del demandado. (ver autor y opus cit. pág. 130).

TITULO II

REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

CAPITULO I

Régimen legal de separación de bienes

Art. 241. — Si antes de la ocasión a que se refiere el art. 155, de este Código, o si respondiendo los futuros esposos a la pregunta que en dicha oportunidad debe dirigirles el oficial público encargado del Registro del Estado Civil, no acordaren sus capitulaciones matrimoniales sobre las bases indicadas en el art. 156, se entenderá que ambos optan por el régimen legal de separación de bienes. Quedarán igualmente sometidos a este régimen si las capitulaciones matrimoniales que hubieren convencionado fueren nulas, o anuladas.

Ver: Art. 1º ley colombiana Nº 28 de 1932; 76 C. costarricense; 153 inc. 2º C. nicaraguense; 169 inc. 2º C. hondureño; 172 C. mexicano; 104 del C. guatemalteco; 2º de la ley uruguaya Nº 10.783; 276 C. brasileño; 1536 C. francés; 1426 C. alemán; 1125 del C. portugués; 135 del Proyecto de Código Panamericano de Francisco Cosentini; y 222 del Anteproyecto de C. Civil para Bolivia de Angel Ossorio.

El régimen legal de separación de bienes consagrado por este Código es el único conciliable con el principio de la igualdad civil de los sexos en el matrimonio, proclamado por el art. 23 de la Constitución del 40 y la Convención Interamericana de Bogotá sobre concesión de Derechos civiles a la mujer, ratificada por ley paraguaya Nº 104 del 25 de agosto de 1951, la cual, con lo preceptuado por la Constitución, son leyes supremas de la Nación que ningún precepto legal puede subvertir sin exponerse a su nulidad (art. 6º C. del 40). Muchos de los que repulsaron este régimen ya esbozado en el Anteproyecto de la ley Nº 236, creyeron, sin duda, que se trataba de una insólita y peligrosa novedad, acaso por no recordar que su institución data del Antiguo Derecho romano, omiso en reglamentar la asociación conyugal en cuanto a los bienes. Por aquel Derecho, o el matrimonio era cum manu, y los bienes de la mujer eran confiados a la administración de su marido; o era sine manu, y la regla era la separación de bienes, con la única excepción de los aportados en dote por ella, los cuales pasaban a ser propiedad del esposo, en tanto que los otros formaban la clase de los bienes parafernales. A falta de ley, las relaciones patrimoniales de los cónyuges eran regidos por sus convenciones matrimoniales (Cuq. Institutions Juridiques des Romains; t. II, —VIII, pág. 99; Jors & Kunkel, Derecho Privado Romano, Nºs. 179, Nº 2, pág. 402; Girard, Manuel Elementaire de Droit Romain, —IV, pág. 163 y ss.; Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, pág. 470; Ferrini, Manuele di Pandette, Nº 721, pág. 692; Perozzi, Instituzioni di Diritto Romano, t. I, pág. 336, etc.).

Recibido antes del medioevo el Derecho romano en Alemania tuvo el régimen de separación de bienes con derecho dotal aplicación para 3 millones de habitantes, especialmente de Kurhessen, Wetsfalia, Pomerania, Hannover, Mecklenburgo, Braunschweig, Waldeck y Lauenburg y en Augsburg de Baviera, y en virtud del C. C. austriaco en Markt Redwitz y el Gran Ducado de Hessen (ver: Kipp & Wolff, Derecho de Familia, t. I, parág. 40, pág. 285).

La actual vigencia en las más grandes y pobladas comarcas de Europa del régimen legal de separación, se debe al movimiento feminista de mediados del siglo pasado, coincidente con el nacimiento de la gran industria. La mujer proletaria que volviendo al fin de semana a su hogar con la magra suma ganada por ella, la entregaba a su marido, como administrador legal de la comunidad de bienes, asistía a la disipación de sus estipendios, en la taberna próxima a donde el jefe de la familia iba a beber y embriagarse. reclamó su manumisión en el orden de la disposición y administración de dichos bienes, como el único medio de salvarse de la miseria. Viene de esa clamorosa reivindicación que este régimen haya sido defendido en el Reichstag, tanto por el partido liberal, como por el diputado Stumm-Halberg en su discurso del 25 de junio de 1896, que Kipp y Wolff juzgan digno de leerse.

Con todo, el sistema adoptado por el Código alemán es el régimen de administración y disfrute maritales, también conocido como régimen de comunidad de administración. Mas, ello no obstante, lo encomian los más reputados juristas modernos, como los autores ya citados, quienes a este propósito dicen que: "Si el derecho patrimonial ha de ser, como siempre fue en Alemania, la imagen económica reflejada en el espejo del derecho familiar sería precisamente muy oportuna la emancipación patrimonial de la mujer que, en la evolución histórica del Derecho alemán, marcha paralela con la supresión de la tutela marital. Tampoco —agregan— sería argumento en contra el hecho frecuente de que la mujer, aun en el caso de separación, confiere libremente la administración de sus bienes al marido, en este caso, los derechos del marido son más débiles que en el caso de comunidad de administración".

Actualmente, el régimen de separación de bienes es el régimen legal en Austria, Checoeslovaquia, Hungría, Italia, Rumania, Bulgaria, Servia, Grecia, Inglaterra, Escocia, la mayor parte de los Estados Unidos de Norte América (especialmente New York), y en casi todas las naciones nórdicas de Europa, como Escandinavia y Finlandia, Suecia (ley del 11 de junio de 1920), Dinamarca (ley de 18 de marzo de 1925), Noruega (ley del

20 de mayo de 1927), y en nuestra América: Costa Rica, Colombia, Uruguay, Nicaragua, Honduras, México y Guatemala.
El régimen de separación es convencional en el Brasil, a semejanza de lo estatuido por el art. 1536 del C. francés y del 1426 del C. alemán.
La incomunicación de gananciales del régimen de separación es inconveniente remediado por la presunción de comunidad de derechos, consagrada por el art. 1362 del C. alemán y por las leyes especiales de las naciones nórdicas de Europa, según así puede verse explicado por Imre Zajtay y Eduardo Vaz Ferreira en su "Contribución al Estudio de los Regímenes Matrimoniales de Participación" (Montevideo 1950); por Vaz Ferreira en su monografía sobre: "Los Regímenes Matrimoniales en Derecho Comparado" (Montevideo 1958) y por Kipp y Wolff en el t. I de su Derecho de Familia — El Matrimonio, pág. 292.
Tal es el sistema que este Código consagra, según se verá en los artículos que siguen, y que el C. alemán también consagra en casos excepcionales, como son: 1º cuando la mujer menor de edad se casa sin el consentimiento de su representante legal (arts. 1364 y 1426), como lo estatuye el art. 151 de este Código; el 50 del C. español; 258 parágrafo único I) del C. brasileño; y 23 inc. 1º de la ley paraguaya 236; 2º cuando la comunidad conyugal, suprimida por sentencia, es restablecida (art. 1587); y 3º cuando se extingue el régimen de bienes del matrimonio, pero subsiste éste.

Art. 245. — En el régimen de separación, conservarán los cónyuges durante el matrimonio la propiedad y administración exclusivas de los bienes que les pertenecen; y, por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes.

Será igualmente propios de cada uno de los cónyuges los salarios, sueldos, emolumentos y ganancias que obtuvieren por servicios personales o por el desempeño de un empleo, o por el ejercicio de una profesión, comercio o industria.

Mas cada uno de los cónyuges debe contribuir proporcionalmente al valor de sus bienes al mantenimiento, vestido y educación de sus hijos y de las demás cargas del matrimonio.

A la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme a las disposiciones de este Código deba considerárselo disuelto, se juzgará que los cónyuges han tenido comunidad de bienes desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación.

Art. 246. — Los bienes que los cónyuges adquieran en común, por donación, herencia o legado, o por cualquier otro acto de liberalidad o por don de la fortuna, entre tanto se haga la división, serán administrados por ambos cónyuges o por uno solo de ellos con acuerdo del otro; pero en este caso el que administre será considerado mandatario, sin retribución ni derecho alguno a exigirlo del otro.

Art. 147. — Cada uno de los cónyugues será responsable de las deudas que personalmente contrajere, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de las cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al parágrafo 3º del art. 243.

Ver: art. 2º ley colombiana Nº 28 de 1932.

Art. 248. — No serán comunes, aunque adquiridos durante el matrimonio, los bienes existentes al disolverse éste, si se prueba que fueron comprados o permutados con valores propios de uno de los cónyuges; o que la causa o título de su adquisición precedió al matrimonio; y si se tratare de inmuebles, que fueron debidamente subrogados a otros inmuebles propios de algunos de los cónyuges.

Ver: art. 77 inc. 2º C. costarricense; 1246; 1247; 1266; 1267; 1268; 1269; 1270 C. Civil argentino; 1736 C. chileno.

Art. 249. — La sociedad conyugal de los matrimonios celebrados bajo la vigencia del Código Civil y de la ley de matrimonio civil y la comunidad de bienes de los matrimonios celebrados bajo la vigencia de la ley 236, serán regidas, sin perjuicio de terceros, por el régimen legal de separación si los esposos no ajustaren capitulaciones matrimoniales dentro de los seis meses de vigencia de este Código. A estos efectos podrán los cónyuges definir extrajudicialmente los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a las disposiciones de este Código, y si se distribu-

yerán gananciales, se imputarán a buena cuenta de lo que hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva.

De los perjuicios que se causen a terceros, en virtud de estos arreglos, que deberán formalizarse en escritura pública, responderán solidariamente los cónyuges, sin perjuicio de que puedan hacerse efectivos sobre los bienes comunes que se distribuyan.

Ver: art. 79 de la ley colombiana Nº 28 de 1932.

Art. 250. — No conviniendo los cónyuges los bienes que deban corresponderles a cada uno de ellos, las cuestiones que entre ambos se susciten serán dirimidas por el Juez de su domicilio, en juicio breve y sumario.

Art. 251. — Los cónyuges separados de bienes pueden poner fin, en cualquier momento, a la separación por la opción que hicieren del régimen de comunidad de gananciales en capitulaciones matrimoniales convencionadas de conformidad a lo preceptuado por el art. 156 de este Código.

Art. 252. — En defecto de capitulaciones matrimoniales, la mujer que al casarse optó por el régimen de separación, podrá confiar la administración de sus bienes propios a su marido o a un tercero, en virtud de un poder especial en el que se especifiquen claramente las facultades del administrador, del que se tomará razón en el Registro de Poderes.

CAPITULO II

Régimen convencional de comunidad de gananciales

Art. 253. — Declarando los contrayentes en la ocasión a que se refiere el art. 153 de este Código que optan por el régimen de comunidad limitada de gananciales, se entenderá que excluyen de la comunidad:

I. — Los bienes que cada cónyuge poseía a título de propios antes del matrimonio, o los que adquiera después de su matrimonio, por donación o herencia.

II. — Los adquiridos con valores exclusivamente pertenecientes a uno de los cónyuges, en subrogación de bienes propios;

III. — Los bienes reservados de la mujer.

Ver: art. 269 C. brasileño; 1498 C. francés; 1130 C. portugués; 1519 y 1524 C. alemán; 207 del C. italiano; 1392 del C. español; 1725 y 1739 C. chileno; 1951 y 1964 C. uruguayo; 971 y 972 del C. boliviano; 148, 149, 151 a 154 del C. venezolano; 2371 C. de Luisiana; 1266 C. argentino.

Art. 254. — Tampoco se comunican:

I) Las obligaciones anteriores al matrimonio;

II) Las provenientes de actos ilícitos.

Ver: art. 270 C. brasileño; 1498 C. francés; 1129 del C. portugues.

Art. 255. — Entran en la comunidad:

I) Los bienes adquiridos durante el matrimonio, por título oneroso, aunque sea a nombre de uno de los cónyuges, a menos que subrogue a un bien propio de él;

II) Los adquiridos por un hecho eventual, con o sin el concurso del trabajo o gasto anterior, como los que proceden de aluvión, invención, juego o apuesta, lotería, tesoro, etc.

III) Los adquiridos por donación, herencia o legado, en favor de ambos cónyuges;

IV) Las mejoras hechas en los bienes particulares de cada cónyuge;

V) Los frutos de los bienes comunes o de los particulares de cada cón-

yuge, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de cesar la comunidad de los adquiridos;

VI) Los frutos civiles del trabajo o industria de cada cónyuge o de ambos.

Ver: art. 271 C. brasileño, sin antecedente en los otros códigos. Advierte Bevilaqua a propósito del inc. II) de este precepto su discrepancia con la solución del Derecho francés, según el cual el tesoro descubierto, lo ganado en juegos de azar o de lotería, excluídos de la comunidad, por no provenir o ser debidos al trabajo del cónyuge (Planiol, t. III, Nº 1006, pág. 102). Siendo así, a juicio de este autor, tales ganancias son propias del esposo que las adquiere. Mas Aubry y Rau (t. VIII, parág. 522, nota 8, pág. 305, 5ª. edición), Durantón (t. XV, Nº 12, pág. 18, 4ª. edición), Troplong (t. III, Nº 1872, pág. 376), Colmet de Santarre (t. VI, Nº 161, bis V, pág. 332, 2ª. edición), Baudry Lacantinerie y Lecourtois & Surville (Du Contrat de Mariage, t. II, Nº 1284, pág. 688) juzgan que tales ganancias son de la comunidad. (ver Bevilaqua, opus cit. t. II, pág. 191). Ver igualmente: 1271 a 1273 C. argentino y art. 30 ley paraguaya Nº 230.

Art. 256. — No hacen parte de la comunidad los bienes cuya adquisición tuviere por título una causa anterior al matrimonio.

Ver: art. 272 C. brasileño; 1267 C. argentino; 29 inc. 5º ley paraguaya Nº 236.

Art. 257. — Las capitulaciones matrimoniales se ceñirán estrictamente a las bases establecidas en el art. 156 de este Código en cuanto a la descripción de los bienes inmuebles y muebles que cada cónyuge lleva al matrimonio, bajo pena de considerárselos a la disolución de la comunidad como adquiridos después de su celebración.

La administración de la comunidad compete al cónyuge designado en dichas capitulaciones o al tercero a quien los esposos la confiaren, y las deudas por éste contraída para subvenir a las necesidades del hogar obligarán, no sólo a los bienes comunes, sino también y a la falta de ellos, a los bienes propios o particulares de cada cónyuge, en los límites de los poderes de administración que le fueren otorgados.

Ver: art. 274 C. brasileño; 1525 C. alemán.

Art. 258. — La regla del artículo anterior se aplicará a las deudas contraídas por la mujer casada en comunidad de bienes, para subvenir a los gastos ordinarios del hogar, cuando el marido administrador contractual omitiere su atención por enfermedad, ausencia accidental, prisión u otra causa análoga.

Ver: art. 275 C. brasileño.

Art. 259. — Los esposos que hayan optado por el régimen de comunidad quedarán de pleno derecho sometidos al régimen de separación de bienes desde que uno de los acreedores de uno de ellos sufra una pérdida en su concurso o quiebra, y se procederá a su liquidación de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 267 a 272 de este Código.

Ver: art. 182 inc. 1º del C. C. suizo. Bastará que un solo acreedor haya sufrido pérdida, pero éste debe saber que los bienes reservados de la mujer no responden de las deudas de su marido, como lo preceptúa el art. 280 y así también lo estatuye el inc. 2º del art. 723 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el art. 428 del Proyecto argentino de 1936. Ver igualmente el inc. 2º del art. 23 de la ley paraguaya Nº 236.

Art. 260. — Aun cuando los futuros esposos, o los esposos, en su caso, omitieren convencionar en sus capitulaciones matrimoniales toda limitación de las facultades del cónyuge administrador de la comunidad será implícito en ellas que no podrá éste, sin consentimiento expreso y especial en cada caso de su mujer:

I) Enajenar, hipotecar o gravar de derechos reales los bienes muebles o inmuebles comunes, ni los derechos reales de la comunidad sobre bienes ajenos;

II) Pleitear, como actor o reo, acerca de esos bienes o derechos;

III) Prestar fianza;

IV) Hacer donaciones, no siendo remuneratorias o de pequeño valor, de bienes o rentas comunes.

El consentimiento de la mujer podrá suplirse por la venia del Juez, si la denegase sin motivo.

Ver: art. 235 C. brasileño; 1119 y 1471 del C. portugués; art. 1444 y 1446 C. alemán y art. 34 de la ley paraguaya Nº 236.

Corregimos el inc. I) del art. 34 de la ley Nº 236 en la parte en que se restringe las facultades del marido administrador respecto de **"los bienes propios de la esposa"**, porque quedando éstos implícitamente excluidos de la comunidad, como también quedan excluidos los bienes que el marido poseía a título de propios antes de casarse, según así lo estatuye el art. 253 de este Código, aquella locución resulta superflua. La mujer puede disponer de sus bienes propios excluidos de la comunidad. Para eso tiene capacidad de obrar igual a la de su esposo.

Hemos agregado al consentimiento expreso de la mujer, el requisito de que sea especial a cada caso, pues, al favor del art. 34 de la ley 236 se concibió la manera de burlar su inc. I) con el expediente de un poder general que muchos maridos se han hecho dar por sus mujeres, con la facultad de vender e hipotecar incluso sus bienes propios. Obtenidos esos poderes por captación, fácil de concebir y explicar en una mujer obligada a la prestación del **débito conyugale**, que es la más íntima comunicación de dos personas de distinto sexo, resultaban fraudatorios de los fines de la ley Nº 236, en cuanto dichos poderes conducían directamente a la supresión total de la intervención de la esposa en los actos de disposición de sus bienes propios y de los comunes, cuando lo que se persigue con la igualdad civil de los sexos en el matrimonio es la manumisión real y efectiva de la mujer de la potestad marital y su dignificación por la participación respetuosa que en todo momento debe dársele de cuanto ocurra en relación a la estabilidad y solidez del patrimonio de la comunidad.

La inclusión de los bienes muebles, en el inc. I) de nuestro artículo, sin embargo de no estarlo en el inc. I) del art. 235 del C. brasileño, era de toda necesidad en país que, como el Paraguay, los muebles, y entre ellos, los semovientes, constituyen las más de las veces lo más importante de un patrimonio.

Art. 261. — Tampoco podrá el marido nombrado administrador de la comunidad suscribir documentos de obligación civil o comercial que pueda comprometer los bienes de la comunidad, sin el consentimiento expreso de su esposa que la obligue conjunta o solidariamente con él, a menos que la deuda por él contraída sólo mire a subvenir las necesidades ordinarias del hogar, y ésto conste del respectivo instrumento.

La imprecisión del art. 34 de la ley Nº 236 suscitó arduos problemas de interpretación de las facultades del esposo administrador de la comunidad. Ellos fueron empíricamente resueltos por la práctica bancaria que exigía la firma de ambos esposos al pie del documento presentado al descuento.

Art. 262. — Lo dispuesto en los dos artículos precedentes, será igualmente aplicado a la administración y disposición de los bienes de la mujer excluidos de la comunidad, o de los de la mujer separada de bienes, cuando él la desempeñare como mandatario en virtud de un poder que a tales efectos le hubiere ella otorgado.

Art. 263. — Si con infracción de los artículos precedentes el marido administrador de la comunidad o mandatario de su esposa separada de bienes, enajenare o gravare de derechos reales los bienes propios de ella, o los comunes, tendrá la mujer, en el primer caso, el derecho de reivindicarlos, y en el segundo, el de usar de las acciones que le competan para librarlos de todo gravamen impuesto sobre dichos bienes sin su consentimiento.

Ver: arts. 1352 Nº 4 y 5 del Esboço de T. de Freitas; 1253, 3970 del C. argentino y 1551 y 1564 del C. francés.

Art. 264. — Si instituido por sus capitulaciones matrimoniales el marido como administrador de la comunidad, o si por poder especial de su mujer separada de bienes, desempeñare el mandato de administrarlos, y en el ejercicio de sus funciones se inhabilitare, la administración de la comunidad será transferida en el primer caso a la mujer de él, y en el segundo cesará de pleno derecho el mandato y ella reasumirá los poderes que le hubiere otorgado.

Ver: arts. 193 y 1284 C. argentino; 1363 inc. 1º y 1364 de Goyena; 266 inc. 2º y 251 C. brasileño; 221 y 222 C. francés; 1189 del C. portugués; 1401 y 1450 del C. alemán; 137 y 138 del C. boliviano; 145, 1758 y 1763 C. chileno; 1979 y 1984 del C. uruguayo.

Art. 265. — En todo momento, cualquiera de los cónyuges casados bajo el régimen de comunidad limitada de gananciales o ambos de conformidad, podrán pedir al Juez de su domicilio, sin expresión de causa, la disolución y liquidación de la comunidad.

Del mismo derecho gozarán los que se hubieren casado con anterioridad a la vigencia del presente Código. El Juez deberá decretar la disolución y liquidación sin más trámite y la comunidad quedará extinguida. Inmediatamente se procederá a la facción de inventario y tasación de todos los bienes de la comunidad, como está dispuesto para la sucesión por causa de muerte. En el inventario no se incluirán el lecho, los vestidos ordinarios y los objetos de uso personal de los consortes, ni ningún otro bien que haga parte de los reservados de la mujer.

Ver: art. 6º de la ley uruguaya Nº 10.783 y 43 de la ley 236. Por este precepto se consagra, una vez más, el principio de Derecho moderno de la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, contrariamente a lo estatuido por los arts. 1218 y 1219 del C. argentino, pero conforme con lo preceptuado por los arts. 1432 del C. alemán; 180 del C. C. suizo; 180 y 203 del C. mexicano; 103 del C. guatemalteco; 169 del C. hondureño; 153 del C. nicaraguense; 79 del C. costarricense; 145 del C. venezolano; el Act Inglés de 1882; la Mass., Act de 1884, la N. York Act de 1892; el 146 del Anteproyecto de Código Civil Panamericano de Cosentini; y el 230 del Anteproyecto de C. Civil para Bolivia de Angel Ossorio.

Art. 266. — Iniciado que sea el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, el Juzgado llamará por edicto a todos los que tengan interés en reclamar contra la comunidad, para que en el término perentorio de treinta días comparezcan a deducir sus acciones. Este edicto se publicará durante quince días consecutivos en uno de los diarios de la jurisdicción del Juzgado.

Los interesados que no comparezcan dentro del término sólo tendrán acción contra los bienes propios del deudor.

Ver: art. 7º de la ley uruguaya Nº 10.783 y 44 de la ley 236. Mira esta disposición a salvaguardar los intereses de terceros contra cualquiera disolución fraudulenta de la comunidad de bienes. A esta condición se subordina el derecho conferido a los cónyuges de cambiar, modificar sus capitulaciones matrimoniales, después de la celebración de su matrimonio.

Art. 267. — Desde que el Juez decrete la disolución de la comunidad no podrá innovarse el estado de las cosas que estuvieren en litigio, y se reputarán simulados y fraudulentos, tanto los contratos de locación que celebrare el cónyuge administrador sin la conformidad del otro, como los recibos anticipados de rentas o alquileres no admitidos por el uso.

Ver: art. 45 de la ley 236; 1297 C. argentino; 740 del Anteproyecto de Bibiloni: 436 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 268. — Terminado el inventario y vencido que sean los edictos, se pagarán los créditos reconocidos en juicio que hubieren contra el fondo común; se devolverá a cada cónyuge lo que introdujo en la comunidad, y los gananciales se dividirán entre los consortes en partes iguales. Si hubiere pérdidas, el importe de ésta se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno solo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida total.

Esta disposición se aplicará igualmente a la disolución de los matrimonios sujetos al régimen de separación, sólo en lo que respecta a los gananciales.

Ver: art. 46 ley 236, 204 C. mexicano. Dado lo preceptuado por el parágrafo 3º del art. 245 de este Código, se comprenderá por qué el presente artículo se aplicará igualmente a la disolución de los matrimonios sujetos al régimen de separación, pues, en esto consiste lo propio del régimen de participación, por el que se corrige la incomunicación de gananciales durante la unión de los esposos.

Art. 269. — Disuelta la comunidad, el esposo administrador o sus herederos restituirán a la mujer los bienes de ella en el estado en que se encuentren, dentro de los treinta días, si fueran inmuebles o muebles no fungibles que tuviere en su poder; y de los ciento ochenta días cuando se tratare de dineros, de cosas fungibles o del valor de los bienes propios de la mujer que no se hallaren en poder del marido o de la sucesión de éste.

Ver: art. 47 de la ley paraguaya Nº 236; 759 a 761 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 1318 a 1321 del C. argentino; 442 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 270. — Vencidos los mencionados plazos, los obligados quedarán constituidos en mora. Si en los aportes de la esposa se hubieren comprendido créditos o derechos, sólo deberán entregarse los títulos o documentos respectivos.

Ver: art. 1322 C. argentino; 762 Anteproyecto de Bibiloni y 442 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 271. — Consentida o ejecutoriada que sea la liquidación de la comunidad, el patrimonio de cada cónyuge se regirá por el régimen legal de separación instituido por los arts. 247 a 256 de este Código.

Los cónyuges proveerán a su mantenimiento con sus recursos propios y contribuirán a los gastos de alimentación y educación de los hijos comunes en proporción al valor de sus propios bienes.

Art. 272. — La separación de bienes cesará si así lo acordaren ambos cónyuges por escritura pública, o cuando así el juez lo decretare a pedido de ellos, sobre la base de sus capitulaciones matrimoniales.

La escritura o la resolución del juez no producirá efectos respecto de terceros sino desde su toma de razón en el Registro creado de conformidad con el art. 50 de la ley Nº 236.

Los bienes propios o de aporte de cada cónyuge y los gananciales se regirán en adelante por lo que ambos hubieren estipulado en sus nuevas capitulaciones matrimoniales.

Ver: art. 49 de la ley Nº 236.

Art. 273. — En el Registro creado por disposición del art. 50 de la ley Nº 236 y habilitado bajo la dependencia de la Dirección del Registro General de la Propiedad, se anotarán:

I) Las capitulaciones matrimoniales otorgadas de conformidad con las disposiciones del presente Código;

II) El título de los bienes reservados de la mujer y todos los actos jurídicos otorgados por los cónyuges en relación a los aportes de ambos o de los bienes comunes, y los convenios que los padres, tutores y curadores celebraren en relación a los bienes de los incapaces que estuvieren bajo su guarda;

III) Los demás actos jurídicos cuya inscripción se ordena por el presente Código.

CAPITULO III

De los bienes reservados de la mujer casada

Art. 274. — La administración de los bienes de la comunidad confiada al marido por las capitulaciones matrimoniales no se extiende a los bienes reservados de la mujer casada, propietaria y administradora exclusiva de éstos.

Ver: art. 1366 C. alemán e inc. III) del art. 253 del presente Código.
Los acreedores del marido no pueden ejercer su acción sobre los bienes reservados de la mujer, ni sobre sus rentas. Su conjunto constituye un patrimonio separado de la comunidad constituida por las capitulaciones matrimoniales. Ver igualmente: art. 717 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni su nota (t. I, pág. 304, edición Kraft); Inc. 1º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936 y art. 31 ley paraguaya Nº 236.

Art. 275. — Son bienes reservados de la mujer las cosas exclusivamente destinadas al uso personal de ella, y especialmente sus vestidos, sus alhajas o joyas y sus instrumentos de trabajo.

Ver: art. 1366 C. alemán; inc. 1º del art. 191 del C. C. suizo. Estas disposiciones determinan de una manera limitativa los bienes reservados de la mujer, porque tanto por Derecho alemán, cuanto por el suizo, el régimen legal no es el de separación, como en el presente Código, sino el de administración y disfrute marital, de suerte que siendo así el que pretenda que tal cual bien de la mujer es de los reservados, debe cargar con la obligación de probarlo. De acuerdo con lo estatuido en el presente Código, la categoría de bienes reservados no puede interesar a la mujer sometida al régimen legal de separación. Para ella y los terceros, todos sus bienes, sin distinción alguna, escapan a la administración de su marido, a menos que ella, en virtud de un poder especial, se la haya confiado. En consecuencia, la mujer separada de bienes no tiene por qué cargar con la prueba de rigor del Derecho alemán y del suizo. Ver igualmente: inc. 1º del art. 717 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 6º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936, e inc. 1º del art. 31 de la ley paraguaya Nº 236.

Art. 276. — Es igualmente bien reservado de la mujer, lo que adquiera durante su unión mediante su trabajo separado, dentro o fuera del ámbito doméstico en el ejercicio personal e independiente de una profesión lucrativa, comercio o industria.

Ver: art. 1367 C. alemán; inc. 3º del art. 191 del C. C. suizo; inc. 2º del art. 717 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 2º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936; inc. 2º del art. 31 de la Ley paraguaya Nº 236.
Esta regla es considerada por Bufnoir, Cazelles, Drioux, Gény y demás traductores y anotadores del Código Civil alemán, como "una de las reivindicaciones más legítimas de los feministas modernos" (ver opus cit. t. III, pág. 119). Mira la institución de esta categoría de bienes a la necesidad de impedir al marido el cobro de los salarios debidos a su mujer, y a los acreedores de él la posibilidad de oponer a la demanda de salario de ella lo que su marido les debe, sin que la mujer sea dispensada de la obligación de contribuir con sus ganancias a los gastos del hogar.

Art. 277. — Es igualmente bien reservado de la mujer lo que ella adquiriera después de su matrimonio por herencia, legado o donación, siempre que el testador o el donante hubiere dispuesto en el acto atributivo que lo adquiera a título de bien reservado.

Ver: art. 1369 C. alemán; 190 C.C. suizo; inc. 3º del art. 717 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 3º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936; e inc. 3º del art. 31 de la Ley paraguaya Nº 236. No incluímos los bienes que la mujer pudo recibir por herencia, legado o donación antes de contraer matrimonio, como lo esbozó Bibiloni, porque siendo ella soltera mal podría el autor de la liberalidad condicionar su validez a que la beneficiaria la reciba a título de bien reservado, cuando esta categoría de bienes sólo existe dentro del matrimonio, y además, porque en la hipótesis de que la recibiere en ese estado y luego se casara, nada obstaría a que celebrando capitulaciones matrimoniales confiara la administración de la comunidad a su marido a menos que por cláusula expresa ella se reservare la administración del bien así recibido. Tales son las razones por qué el art. 1396 del C. alemán sólo admite como bienes reservados los adquiridos por liberalidad después del matrimonio. Es de la esencia de la validez del acto de liberalidad que la declaración accesoria a la atribución de propiedad sea hecha en el mismo testamento o en la donación así por Derecho alemán, como por aplicación del art. 190 del C.C. suizo. Si esa declaración accesoria se hiciere por separado no sería eficaz.

Art. 278. — También es bien resrevado de la mujer lo que ella adquiera en ejercicio de un derecho inherente a sus bienes reservados, o por vía de indemnización de daños y perjuicios sufridos en ellos; o en virtud de un acto jurídico que a dichos bienes se refiera, o mediante el empleo de los recursos que hubiere obtenido en el ejercicio del comercio o su trabajo.

Ver: art. 1370 C. alemán; inc. 4º del art. 717 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 4º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936; inc. 4º del art. 31 de la Ley paraguay Nº 236.
Por aplicación del art. 1370 del C. alemán se entiende que todo lo que la mujer adquiera en vurtud del goce y administración de sus bienes reservados, hacen parte de ellos, tales como los frutos naturales, los aumentos o acrecentamientos por unión, mezcla o especificación de una cosa mueble a una finca; el tesoro descubierto por el propietario del inmueble en que estaba soterrado; lo adquirido en pago de un crédito; el derecho a una indemnización debida por expropiación por causa de utilidad pública; la indemnización de un seguro etc.

Art. 279. — Lo que la mujer obtenga del usufructo legal de los bienes de su hijos menores habidos de un matrimonio anterior.

Ver: art. 717 inc. 5º del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 5º del art. 425 del Proyecto argentino de 1936 e inc. 5º del art. 31 de la Ley paraguaya Nº 236.

Art. 280. — Los bienes reservados responderán por las obligaciones que la mujer hubiere contraído antes o después del matrimonio, pero no por las de su esposo, sea que las hubiere contraído en interés de un negocio personal o en interés de la comunidad que administrare.

Si el capital de la comunidad no fuere suficiente para subvenir a las necesidades ordinarias del hogar, la mujer poseedora de bienes reservados deberá contribuir, al par de su marido, y en proporción a dichos bienes, a satisfacerlas.

Ver: art. 721 del Anteproyecto de Bibiloni y 428 del Proyecto argentino de 1936.

SECCION III

TITULO I

DE LOS DERECHOS PERSONALES Y PATRIMONIALES EN LAS RELACIONES DE LA FAMILIA NATURAL

CAPITULO I

De las uniones de hecho

Art. 281. — Este Código confiere efectos jurídicos a la unión de hecho concertada entre un hombre y una mujer exentos de los impedimentos de los arts. 142 inc. I, II y III y 143, para contraer legítimas nupcias, con el fin de vivir juntos, bajo un mismo techo, compartir la misma mesa y lecho; procrear, alimentar, educar a los hijos habidos de su unión y auxiliarse mutuamente, mantenida en forma pública y consecutiva por más de cinco años, siempre que ellos hubieren fundado hogar y que ambos se hayan tratado como tales ante sus parientes y relaciones sociales.

Ver: art. 1º de la ley guatemalteca Nº 444 del 20 de noviembre de 1947.
Salvo esta ley y lo preceptuado por el art. 1635 del C. mexicano, por el que se confiere derecho hereditario a la concubina en la sucesión de su amigo con quien vivió como si fuera su marido durante los cinco años que precedieron a su muerte, y lo estatuido en el art. 4º de la ley paraguaya Nº 236, concebido a su imitación, siquiera en términos que piden una pronta reforma, sigue en blanco en los códigos modernos de la Europa central y de nuestra América el estatuto regulador de las uniones de hecho.
Tratando Rouast de explicar este vacío de la legislación civil lo atribuye a la influencia que sobre ella ejerció tan poderosamente el Derecho canónico, al calificar el concubinato público como **"delito contra el sexto mandamiento"** y sancionar a los que lo hayan cometido con su **"exclusión de los actos legítimos eclesiásticos hasta que den señales de verdadera arrepentimiento"** (ver: canon 2357). Estas sanciones suben de punto si el reo de ese delito es clérigo minorista, o clérigo in sacris. (cánones 2358 y 2359). Y porque ya al tiempo en que Constantino subió al trono chocaba demasiado el concubinato con las ideas cristianas, este príncipe le creó trabas. "La doctrina de Jesucristo, dice a este propósito Troplong, que confunde la unión conyugal con el sacramento, no admite grados en la perfección del ligamen. El matrimonio es uno a su manera de ver. Todo comercio que la bendición no legitimó, es libertinaje". (autor cit. La Influencia del Cristianismo en el Derecho Civil Romano, pag. 145, versión castellana de C. Manterola).
"Esta severidad, continua Rouast, se tradujo especialmente en la incapacidad de los concubinos de hacerse liberalidades y en la imposibilidad de que ellos dejaran por causa de muerte, bienes a los hijos habidos de su unión".
"La secularización del matrimonio excluye de la cuestión jurídica toda preocupación de orden religioso, pero el problema subsiste en el terreno puramente sociológico. La unión libre es un hecho grave, en razón misma de la libertad sin límites que da a los concubinos una situación fuera del Derecho. Esta libertad extrema es incompatible con la existencia de la familia que crea. Ella es, en efecto, contraria al interés de cada uno de los concubinos que puede ser abandonado, de un día para el otro, en la miseria o la enfermedad por el que era su sostén durante largos años. Ella es contraria al interés de los hijos expuestos a ser moral y materialmente abandonados, cuando el niño tiene necesidad de crecer en un medio estable. Es contraria, en fin, al interés del Estado, porque es de temer que la instabilidad de la unión incite por anticipado a los concubinos a suprimir la carga más pesada, la de los hijos. La experiencia demuestra que las uniones de hecho son menos fecundas que las uniones regulares" (ver autor cit. in Planiol y Ripert, t. II, Nº 71, pág. 58).
Perdiendo de vista estas consideraciones, los compiladores del Código de Napoleón, acaso influidos por la doctrina católica condenatoria de la unión libre del hombre y la mujer, omitieron referirse al concubinato, como una relación vitanda a la cual mal podía conferirse efectos jurídicos de especie alguna sin incurrir en la falta de organizar un matrimonio de segundo orden, al punto de prohibir por su art. 340 la indagación de la paternidad, salvo en caso de rapto que se hubiere realizado en la época aproximada a la concepción, hipótesis en la cual podrá ser declarado el raptor padre del niño, a instancia de los interesados. A imitación de este Código, fue la susodicha prohibición trasegara al art. 189 del C. italiano de 1865 y al 342 del C. holandés. La legislación cantonal suiza de Neuchátel, Jura, Friburgo y el Tesino, consagraron idéntica prohibición.
Los códigos americanos tampoco confieren efectos jurídicos al concubinato, salvo el mexicano, art. 1635 y la ley Nº 444 de Guatemala, sancionada en 1947. La investigación de la paternidad es admitida por el art. 280 del C. chileno con el sólo objeto de pedir alimentos. T. de Freitas que, al tiempo de prologar su **Consolidaçao das Leis Civis** señaló deficiencias en el Código de Bello, trasegó al art. 1594 de su Esboço lo preceptuado por el art. 280 del C. chileno y la excepción del 340 del C. francés. El 241 del C. uruguayo prohibe la indagación de la paternidad en los mismos términos que el 340 del C. francés. Mas por el art. 1º inc. 4º de la ley del 5 de setiembre de 1914, modificatoria del art. 218 del C. Civil fue este derecho ampliado al caso de que el pretendido padre haya vivido en concubinato con la madre en la época de la concepción.
La indagación de la paternidad autorizada por el art. 73 de la ley colombiana Nº 45 de 1936 sólo mira a obtener la prestación de alimentos al hijo natural y a su madre.
Mas liberal que los anteriores, el C. mexicano permite la investigación de la paternidad del hijo natural en cuatro casos, uno de los cuales, el III) es aquel del hijo que haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente, precepto evidente-

mente reproducido por el Inc. 4º del art. 298 del C. ecuatoriano. Ya hemos dicho que el art. 1635 del C mexicano confiere derechos hereditarios a la concubina en la sucesión del hombre con quien vivió, como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron a su muerte.
También el C. brasileño permite la indagación de la paternidad del hijo natural si, al tiempo de su concepción, la madre vivía en concubinato con el presunto padre.
Con excepción del C. hondureño que por sus arts. 280 y 285 permite la investigación de la paternidad natural, los de Costarrica, art. 124 y de Nicaragua, art. 225 la prohiben, a menos que exista escrito del padre en que expresamente declare su paternidad; o goce el hijo de la posesión de estado, o en caso de estupro, violación o rapto, cuando estos hechos coincidan con la época de la concepción.
El art. 325 del C. argentino confiere acción al hijo natural para pedir ser reconocido por el padre o la madre, cuando éstos negaren que es hijo suyo, admitiéndosele en la investigación todas las pruebas conducentes a evidenciar su filiación natural. De este derecho podrá el hijo hacer uso después del fallecimiento de sus progenitores si gozase de posesión de estado.
Mas, fuera de este derecho, y el de pedir alimentos (art. 331), y el de suceder por causa de muerte a sus progenitores (art. 3577 y ss.), no hay una palabra en el C. argentino relativa al concubinato. Singular sistema legislativo es éste por el que se regulan los derechos del hijo natural, con omisión u olvido total de la pareja de donde procede, abandonada a la más absoluta libertad de constituirse, con inexplicable desdén de los eventuales derechos de los concubinos sobre la comunidad de bienes constituida en el curso de su vida en común, como si al fallecimiento de cualquiera de ambos arrimados nada pudiere corresponder al supérstite que con su trabajo personal contribuyó a formarlo.
Tal situación resulta paradojal en países que, como el Paraguay, cuenta por miles las parejas que hacen vida concubinaria y procrean hijos naturales en la misma o mayor proporción que los matrimonios procrean hijos legítimos.
Tales son las razones que nos inducen a vaciar el presente Capítulo en los moldes de la ley guatemalteca Nº 444.

Art. 282. — Para que los concubinos puedan gozar de los beneficios instituidos en su favor por este Código, deberán inscribir su unión:

I) Si no hubiere contención entre ellos, por declaración conjunta de ambos hecha ante el Juez de su domicilio, formulada en papel común, con expresión de sus nombres y apellidos, edad, estado, profesión y domicilio; de no estar afectados por impedimento legal alguno para casarse; haberse unido a los fines establecidos en el art. 281, con fijación de la fecha en que principió su unión y declaración del nombre y edad de los hijos que tuvieren;

II) Si hubiere contención entre ellos, por sentencia de Juez competente para conocer de estas controversias, el cual será el Juez en lo Civil de la Capital, de turno dictada en juicio breve y sumario, en el que las partes producirán las pruebas que hagan a su derecho, con especificación de los extremos del inciso precedente.

Tanto el Juez ante quien los interesados hubieren dirimido la controversia, comunicarán copia de la declaración o de la sentencia, en su caso, a la Dirección General del Registro del Estado Civil, la que procederá a su homologación en un Libro habilitado al efecto.

Art. 283. — Los hijos habidos de una unión de hecho podrán demandar en cualquier tiempo la declaración de la unión de hecho de sus progenitores, para el solo efecto de establecer su filiación.

Art. 284. — Los jueces no podrán autorizar el acta de la unión de hecho declarada por menores de edad sin el consentimiento del padre que ejerciere la patria potestad o del tutor del juez competente para conocer de dicha unión.

Art. 285. — Tanto el varón como la mujer cuya unión de hecho constare en la forma que determina el art. 283 tendrán entre sí, desde la fecha fijada como principio de su unión, por analogía, los derechos y las obligaciones personales de los casados en legítimas nupcias, y en cuanto a sus bienes, los que corresponden a los casados sometidos al régimen de separación de bienes.

Art. 286. — Los hijos nacidos después de 180 días de la fecha fijada como principio de unión de hecho, y los nacidos dentro de los 300 días siguientes al día en que cesó, se reputan hijos del varón con quien la madre mantuvo aquella situación. Contra esta presunción no se admitirán otras acciones que la de desconocimiento de paternidad ejercida por el presunto padre fundada en la imposibilidad física de cohabitación con la madre o la pluralidad de concúbito con otros hombres en la época de la concepción.

Art. 287. — La persona supértite en las uniones de hecho, gozará de

los mismos derechos que a la esposa o al esposo confieren las leyes sobre las jubilaciones, indemnizaciones por accidentes y otras reparaciones debidas al difunto.

Art. 288. — El varón y la mujer cuya unión de hecho constare en la forma establecida por este Código, se heredarán recíprocamente ab intestato como si el uno y el otro fueran legítimos esposos y hubieran hecho vida en común durante los cinco años que precedieron inmediatamente al fallecimiento de cualquiera de ambos, siempre que en todo ese tiempo hayan permanecido libres de matrimonio.

Ver: art. 14 de la ley guatemalteca Nº 444 y 1635 del C. mexicano. Por este último sólo se confiere derechos hereditarios a la concubina en la sucesión del hombre con quien mantuvo cinco años de vida concubinaria, en el tiempo inmediatamente anterior a su muerte. Análogo es el espíritu del art. 4º de la ley paraguaya Nº 236, siquiera por su letra se preste a interpretaciones que no condicen con la verdadera intención del precepto. Estatuye éste, en efecto, que: "A la disolución del matrimonio aparente de pública notoriedad que hubiera tenido lo menos una duración de cinco años, se considerará que ha existido entre los consortes comunidad de bienes, y en consecuencia se procederá a su liquidación, correspondiendo a dichos consortes o sus herederos los bienes particulares respectivos en el estado en que se encuentren; en cuanto a los bienes comunes se dividirán por mitad entre los mismos, con prescindencia de los aportes respectivos".
No podía darse nada más confuso, ni que mejor se preste al chantaje. Omite el artículo la aclaración de si la disolución del matrimonio aparente es la que tiene lugar por muerte de uno de los "consortes" (sic) o por mera separación de cuerpos, porque como hasta la sanción de la ley Nº 236 ningún precepto legal hubo que instituyese entre los meramente arrimados un vínculo jurídico análogo al creado entre esposos por el matrimonio, elemental es que mal podía hablarse de la disolución del matrimonio aparente, sin agregar su causa: la muerte o la separación de cuerpos. Al favor de esta oscuridad del precepto, barraganas hay que intentaron disolver en vida de su concubino la comunidad de bienes y dividir por mitad sus gananciales, y es lo peor que pretensiones de esta índole han prosperado sin otra prueba que la muy deleznable de la deposición de dos testigos, por lo común alentados por la impunidad del perjurio.
Como si tales defectos fueran pocos, no es difícil que al favor del escaso esmero de la redacción del precepto, pueda también un hombre casado ser demandado por una quillotra de vida nada recomendable, con el consiguiente escándalo de todos los suyos y de la sociedad, pues, el art. 4º de la ley 236 no se cuida de subordinar el ejercicio de la acción a la condición de que los "consortes" sean hábiles para casarse, requisito de la protección legal a los concubinos, pues, de admitirse lo contrario, se daría esa protección a los arrimados en una unión adulterina.
A evitar esta desnaturalización de la acción conferida por el art. 1635 del C. mexicano a solo la concubina en la sucesión de su amigo, y por el art. 14 de la ley guatemalteca Nº 444, a ambos arrimados, para sucederse recíprocamente ab intestato, hemos trasegado de la ley guatemalteca aquellas de sus disposiciones que, al subordinar la protección legal a los derechos reconocidos a las uniones de hecho, a la condición de la fijación del día en que comienzan,por acta labrada ante el juez de su domicilio, lo mismo que la fecha en cesan, impedirá que se recurra a la prueba testifical, casi siempre de favor, en los casos de sucesión intestato.
La admisión de un derecho recíproco de sucesión es,sin duda más justo, que el limitado a favor de solo la concubina, porque si ésta, por razón de su sexo, desempeñó dentro del hogar todos los menesteres domésticos, amén de prestar el concúbito, diremos, por analogía al débito conyugal del matrimonio, ahorró a su amigo todo lo que tales servicios podrían haberle costado de tener que valerse del trabajo servil, y tiene así vocación a la mitad de los gananciales acopiados por él en los cinco años inmediatamente anteriores a su muerte, no es menos cierto que igual derecho debe conferirse a éste por fallecimiento de su amiga, con quien hizo vida marital durante todo ese tiempo, subviniendo a los gastos ordinarios del hogar con el estipendio de su trabajo personal y separado.

Art. 289. — La unión de hecho, judicialmente declarada o reconocida en la forma prescripta por el art. 282 inc. I), cesará en sus efectos a voluntad de cualquiera de las partes, mediante notificación hecha a la otra, por acta notarial y por mutuo consentimiento expresado en escritura pública pero dará origen a los siguientes derechos y obligaciones:

a) A liquidar, como si desde el día de la unión de hecho hubieren sido comunes, los bienes separados de cada parte;

b) A una pensión alimenticia a favor de la mujer o del hombre física o mentalmente incapacitado, si no tuvieren bienes propios o adquiridos durante la vida en común; o si teniéndolos, la renta de tales bienes no equivalga a la pensión que fije el juez, caso en el cual, el obligado la completará.

La pensión se pagará mensualmente.

c) La obligación de prestar alimentos cesa por concupicencia o mala conducta de la mujer, plenamente probada en juicio; o porque el alimentista contraiga matrimonio o celebre nueva unión de hecho.

En ningún caso de estos efectos se perjudicará la situación de los hijos, quienes, a pesar de las estipulaciones de sus progenitores, conservarán íntegros sus derechos a ser alimentados y a demandar su filiación.

Art. 290. — La separación se tendrá por firma y deja al varón en

libertad de contraer nupcias o de constituir otra unión de hecho, tan pronto se hubiere cumplido con estos requisitos.

La mujer no podrá contraer nupcias, ni celebrar nueva unión de hecho antes de los 300 días de disuelta la anterior.

Art. 291. — El Juez que autorizó la separación personal de los concubinos y la liquidación de sus bienes comunes, dará aviso al Registro del Estado Civil para que haga la anotación marginal correspondiente al acta constitutiva de la unión de hecho.

Art. 292. — Cesa atmbién la unión por ausencia inmotiva de más de un año de cualquiera de ambos concubinos. El que a estos efectos solicite la declaración de ausencia, tendrá derecho a pedir la cesación de la vida común y la liquidación de los bienes comunes.

En caso de fallecimiento de alguno de ellos, el supérstite que reuna los requisitos del art. 288 heredará ab intestado al difunto, como se establece en el Libro IV de este Código.

Art. 293. — Después de declarada por el juez la cesación de la vida en común no podrán enajenarse ni gravarse los bienes declarados como comunes antes de su liquidación, bajo pena de nulidad.

Art. 294. — En caso de ausencia, separación o muerte del concubino, podrá la concubina solicitar del juez de su domicilio el reconocimiento de su preñez, e igual derecho tendrán, en caso de muerte de éste, sus herederos legítimos o instituidos.

Art. 295. — La mujer soltera, o la que siendo casada se hubiere separado de cuerpo de su marido por acto homologado por el Juez o por sentencia judicial, o la viuda que hubiere hecho vida común y pública con un hombre soltero no tenga reconocida su unión con él y se encuentre en estado de embarazo, o después del nacimiento del hijo, podrá presentarse ante el juez competente a revelar el nombre del presunto autor de su preñez. El Juez oirá en incidente a éste y si contestare afirmativamente, lo tendrá como padre del hijo y lo obligará a prestarle alimentos. En caso de oposición el asunto se ventilará en juicio ordinario.

Art. 296. — El matrimonio de cualquiera de los dos concubinos que haya obtenido declaración judicial de su unión o que ésta se haya hecho constar en la forma establecida en el art. 282, realizado con otra persona, da por terminada también aquella situación legal y da origen a las acciones que determina el art. 289. La parte interesada podrá oponerse al expediente matrimonial para exigir que previamente se liquiden, como si desde el día de su unión fueren comunes los bienes separados de ambos, y se fijen las pensiones alimenticias de sus hijos, se resuelva en poder de quién quedan los menores de edad y la forma en que el otro debe relacionarse con ellos.

Art. 297. — Si la situación de unión de hecho constare en el expediente matrimonial, el oficial público encargado del Registro Civil ante quien se siga, sin necesidad de oposición de parte, exigirá la satisfacción previa de esos extremos; y si en uno u otro caso, no lograre acuerdo de los interesados, suspenderá el trámite de dicho expediente hasta que se le compruebe haber liquidado aquellos bienes y asegurado la prestación de alimentos a los hijos.

Art. 298. — En toda diligencia previa al matrimonio los contrayentes que estuvieren unidos de hecho conforme con las disposiciones de este Código, estarán obligados a manifestarlo al oficial público encargado del Registro del Estado Civil. La omisión de tal manifestación será sancionada con la misma pena prevista en el art. 302 de este Código.

El matrimonio entre concubinos suspende y da motivo al sobreseimiento de cualquier gestión oficial, relacionada con esa situación o sus efectos, e ipso iure, establece la filiación del hijo o hijos procreados.

Art. 299. — Cuando las personas ligadas por una unión de hecho,

desearen contraer matrimonio, entre sí, agregarán a los requisitos exigidos por el art. 154, la certificación de la inscripción de su unión en el Registro del Estado Civil.

Art 3.00. — La mujer que a sabiendas que el varón tiene registrada su unión de hecho con otra mujer, y el hombre que a sabiendas que la mujer tiene registrada su unión con otro hombre, hicieren vida común, no gozarán de la protección de este Código hasta después que la primera hubiere sido disuelta conforme con las prescripciones de los arts. 290 y 293.

Art. 301. — Este Código no reconoce más que una unión de hecho, entre varón y mujer solteros que se encuentren en la situación que define el art. 282. El que violare este precepto sufrirá la pena con que el Código Penal lo sanciona.

El casado que registre, mientras viva su cónyuge, una unión de hecho, incurrirá en la pena del adulterio.

Art. 302. — En caso de que varias mujeres solteras demandaren la declaración de unión de hecho con el mismo hombre, igualmente soltero, el Juez hará la declaración únicamente en favor de aquella que probare los extremos del art. 282, que lo hubiere ayudado a trabajar, que hubiere convivido mayor tiempo con él, y, en igualdad de circunstancias, la declaración se hará en favor de la unión que fuere más antigua.

Los hijos procreados con las otras demandantes, conservarán, sin embargo, íntegros sus derechos a ser alimentados y a demandar su filiación.

Art. 303. — La filiación de los hijos habidos de las uniones de hecho, se establecerá, sin perjuicio de lo prescripto por el art. 287, por testamento aunque después sea revocado o anulado; por reconocimiento en instrumento público o privado, emanado del padre; o por la prueba de que sus padres hicieron públicamente vida en común, aunque después se hayan separado, siempre que el nacimiento del hijo haya tenido lugar dentro de los 300 días siguientes al de la separación.

En los delitos de violación, rapto o estupro podrá declararse la paternidad del delincuente, a solicitud de parte interesada, si la época de la concepción corresponde a la comisión del delito.

Art. 304. — Puede demandarse la nulidad de las uniones de hecho siempre que se hayan celebrado o declarado judicialmente mediando los impedimentos que hacen nulo o anulable el matrimonio.

SECCION IV

TITULO I

DE LA FILIACION LEGITIMA

CAPITULO I

De los hijos legítimos

Art. 305. — Son hijos legítimos los concebidos durante el matrimonio válido o putativo de sus padres, con arreglo a lo preceptuado por el art. 2º.

Ver: art. 763 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 443 del Proyecto argentino de 1936. Dado lo dispuesto por el art. 2º de este Código no hacía falta repetirlo esta vez, como lo hace el 240 del C.argentino en relación a lo preceptuado en los arts. 76 y 77 del mismo cuerpo legal.

La legitimidad del hijo supone así: 1º que haya nacido vivo, dado a luz por una madre casada, después de su matrimonio; 2º que haya sido concebido durante el matrimonio, lo que la ley presume, dado el primer presupuesto, si nace en el período máximo de los trescientos días de la gestación, no computado en ellos el día del nacimiento, pero si el del matrimonio o de su disolución; o en el período mínimo de los primeros ciento veinte días de los trescientos, no computado en éstos ni el día del matrimonio ni el día de su

disolución; 3º que el marido haya cohabitado con su esposa durante el tiempo de la concepción, no excluida la posibilidad de que haya cohabitado antes. La presunción del art. 2º de este Código, es iure et de iure, de suerte que siendo así, no admite prueba en contra, conforme con la cual rige el antiguo aforismo pater est quem nuptiae demostrant. Si la época de la concepción es anterior al matrimonio, tal hecho sería indiferente si el marido reconoció su paternidad expresa a tácitamente o dejó prescribir el plazo sin haberla impugnado, a menos de haber dejado transcurrir ese plazo por error o fraude.
Análoga es la presunción de los arts. 1591 y 1592 del C. alemán; 252 del C. C. suizo; 232 del C. italiano 312 y 314 del C. francés; 108 y 110 del C. español; 101 y 102 del C. portugués; 337 a 339 del C. brasileño; 179 y 180 del C. chileno; 213 a 215 del C. uruguayo; 197 y 198 del C. venezolano; 299 y 300 del C. peruano; 213 y 214 del C. colombiano; 202 y 203 del C. ecuatoriano; 324 y 325 del C. mexicano; 100 y 102 del C. costarricense; 150 y 151 del C. guatemalteco; 203 y 206 del C. de Luisiana; 199, 200 y 202 del C. nicaragüense; 184 y 185 del C. hondureño; 160 y 162 del C. boliviano.

Art. 306. — La ley presume:

1º) Que los hijos concebidos por la madre, durante el matrimonio, tienen por padre al marido;

2º), Que, si disuelto o anulado un matrimonio, la madre contrajere otro sin observar el plazo del art. 148, el hijo que naciere antes de cumplirse el período mínimo de la gestación con respecto al segundo matrimonio, fue concebido en el primero, siempre que el parto se produjere dentro del máximo que corresponde a este último;

3º) Que en el supuesto del inciso anterior, el hijo que la madre diere a luz, expirado el plazo mínimo del segundo matrimonio, fue concebido en éste, aunque se esté dentro del máximo que corresponde a partir de la disolución del primero.

La presunción de estos dos últimos incisos no admiten prueba en contra.

Ver: art. 444 del Proyecto argentino de 1936, que adoptamos casi literalmente, salvo la redacción del inciso 3º. La Comisión argentina de reformas del Código, reunió, con buen acuerdo en el art. 444 de su Proyecto las decisiones de los arts. 240, 241 y 242 del C. argentino, que Bibiloni trasegó a los arts. 764 y 765 de la primera redacción de su Anteproyecto. No hay, pues, innovación alguna en esta materia, salvo la coherencia ganada con la actual redacción de esos tres artículos del Código, inspirados en los arts. 312 a 315 del C. francés, y trasegados de éste a los arts. 138 del C. austriaco; 305 del holandés; 101 del C. portugués y 233 a 235 del C. italiano de 1942, y demás códigos americanos citados en nuestra apostilla al artículo anterior. (ver: Busso, opus cit. t. II, Nºs 2 a 34, pág. 408; Nºs 1 a 19, pág. 413 y ss.; Nºs 1 a 14, pág. 416 y ss.).

Art. 307. — El marido podrá desconocer la paternidad que se le atribuye por su calidad de tal respecto del hijo concebido durante el matrimonio:

1º Si durante el tiempo transcurrido desde el día trescientos al día ciento ochenta antes del nacimiento, él se encontraba en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer por causa de ausencia o por otro otro hecho. No bastará la simple prueba del adulterio de su mujer.

2º Si durante el tiempo indicado él se encontraba afectado de impotencia, aun cuando ésta fuere solamente impotencia para engendrar.

3º Si durante dicho período él vivía legalmente separado de su mujer, aun por efecto de medida precautoria del magistrado, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación aun solamente temporal, caso en el cual se estará a la regla general de los arts. 2º y 306.

4º Si en el expresado período la mujer ha cometido adulterio y ha ocultado al marido el estado de embarazo y el nacimiento del hijo. En este caso el marido es admitido a probar cualquier otro hecho que excluya su paternidad.

La sola declaración de la madre no excluye la paternidad.

Ver: art. 235 del C. italiano. Preferimos, esta vez, la redacción de este precepto, coincidente, en lo substancial, con lo estatuido por los arts. 246, 250, 252 inc. 2º, 255 del C. argentino; 766, 267 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el art. 445 del Proyecto argentino de 1936.
Nos apartamos del art. 252 del C. argentino, inc. 1º por el cual se dispone que el marido no puede fundar el desconocimiento del hijo de su mujer en su "impotencia anterior al matrimonio", cuya explicación es inadmisible, si ella se reduce a justificarla como castigo al hombre que al casarse ha afectado temerariamente ser capaz de engendrar porque nadie puede fundar derecho en su propia culpa, conforme con el aforismo romano nemo auditur turpitudinem suam allegans, como se ha dado en decir.
La verdad es que no son pocos los que aun siendo viripotentes para la cópula, son impotentes para engendrar, y a sabiendas de serlo, se casan, y, como es natural no tienen hijos.
En esta materia debe distinguirse:
a) la impotencia coéundi o ineptitud para la cópula, la cual, a su vez, puede ser instrumental o funcional, por imperfección del órgano, en el primer caso, supuesto en el cual, la impotencia es absoluta, o por neurosis, caso en el cual, ella es relativa al otro cónyuge.
Tal impotencia es causa de nulidad del matrimonio, como está preceptuado en el art. 240 de este Código; y
b) la impotencia para engendrar, la cual tiene lugar, aun siendo perfecto el órgano necesario para el acto

sexual (coito), cuando por defecto o vicio de un órgano diverso, especialmente en la mujer (útero, ovario), no es posible la generación, fecundación o reproducción. En el hombre se ofrece esta impotencia generandi en los casos de esterilidad, fácil de comprobar por pericia de médicos. Muchos hombres viripotentes, aptos para el ayuntamiento, son pacientes de esterilidad, a consecuencia de una orquitis de la adolescencia o de una parotiditis epidémica de la niñez. Esta impotencia es acusada por una disminución de los cromosomas por debajo del 50% de su nivel normal.

La impotencia **coéundi** absoluta y perpetua, apareja la impotencia generandi, sólo que mientras la primera puede ser invocada por cualquiera de ambos cónyuges, en fundamento de la acción de nulidad del matrimonio, la segunda sólo puede ser invocada por el hombre en fundamento de su acción de desconocimiento de la filiación legítima del hijo dado a luz por su mujer, si su esterilidad coincidió con la época de la concepción. (ver: Messineo, opus cit. t. III, pág. 75).

El Derecho italiano ha sufrido modificación en esta materia. El art. 164 del Código de 1865, ya abrogado, estatuía que el marido no puede desconocer o impugnar la filiación del hijo, fundado en su impotencia, salvo que se trate de impotencia manifiesta, que es la impotencia **coéundi**, absoluta, por imperfección del órgano para la cópula.

Mas el inc. 2º del art. 235 del Código de 1942, admitió que la acción de impugnación o desconocimiento de la filiación del hijo pueda fundarse no sólo, en esa impotencia, sino también en la mera impotencia para engendrar, la que, como lo hemos explicado, consistiendo sólo en la esterilidad, puede darse en sujetos provistos de órganos perfectos para la cópula.

Explícase así que viniendo Bevilaqua a esbozar el Código de su nombre, haya estatuido por su art. 342 que: **"Sólo siendo absoluta la impotencia, vale su alegación (la del padre) contra la legitimidad del hijo"**. Este error se registra igualmente en el art. 201 del C. venezolano de 1942; inc. 4º del art. 301 del C. peruano; 218 del C. uruguayo (que llama impotencia natural, a la absoluta).

Otros códigos, como el nicaraguense, art. 201; el hondureño, art. 185; el costarricense, art. 101; el guatemalteco, art. 151; el chileno, art 180; el ecuatoriano, art. 203; el colombiano, art. 214; el mexicano, art. 325; cuando no admiten expresamente la alegación de impotencia absoluta, la limitan al solo caso de la imposibilidad física de cohabitación durante la época de la concepción, salvo adulterio de la mujer con ocultación del parto, como también está admitido por el art 313 del C. francés; 161 del boliviano y 252 del C. argentino. El art. 105 del C. portugués no permite la alegación de la impotencia anterior al matrimonio para impugnar la legitimidad del hijo, pero sí la posterior, siempre que no se alegue la vejez.

No hay duda que la prohibición de invocar la impotencia anterior al matrimonio, como única causa de impugnación de la legitimidad del hijo, estatuida por el art. 252 del C. argentino, es de indudable inspiración francesa, pero actualmente abandonada, como resulta del texto expreso del inc. 2º del ya citado art. 235 del C. italiano de 1942, y se infiere, por vía de interpretación, del art. 254 del C. C. suizo, según el cual **"no puede el marido desconocer al hijo nacido 180 días al menos después del matrimonio a menos que evidencie que él no puede ser su padre"**, al favor de cuya amplitud entienden sus intérpretes, como Curti-Forrer, que una de las pruebas sería, por ejemplo, que él era impotente al tiempo de la concepción. Y aun cuando nuestro autor no se detiene en explicar la clase de I m p o t e n c i a, de que se trata, evidente es que no puede ser otra que la **impotencia generandi**, por esterilidad. Esta enfermedad o ineptitud para engendrar, es de efectos análogos a la imposibilidad física de cohabitación, por ausencia en lugar lejano, o por prisión. La presencia o ausencia de un parecido de figura no sería una prueba suficiente. Mas la prueba de la imposibilidad de la paternidad del padre podría resultar del hecho de que el niño presente signos característicos de raza demasiado sorprendentes para que pueda deducirse que él no ha podido ser engendrado por un hombre de la misma raza del marido, tales como los signos de la raza negra, por ejemplo. (ver autor y opus cits. nota al art. 254, pág. 209).

El art. 445 del Proyecto argentino de 1936, inspirado en los arts. 766 a 768 del Anteproyecto de Bibiloni, omite referirse tanto a la impotencia anterior al matrimonio, como a la posterior, coincidente con la época de la concepción. Sigue en esta materia la doctrina del art. 1591 del C. alemán según el cual: **"El hijo no es legítimo, cuando es manifiestamente imposible, según las circunstancias, que la mujer haya concebido por obra de su marido"**, de suerte que siendo así resulta superflua la casuística del C. argentino, porque sólo ha de probarse que no existió cohabitación de que pueda derivar generación (Bibiloni, opus cit. t. I, pág. 324, edició Kraft).

Mas esto tampoco es absoluta verdad, porque bien puede el hombre viripotente, pero paciente de esterilidad, cohabitar con su esposa, y verse sorprendido con la preñez de ésta por obra de un tercero, con el agravamiento de que el hijo presente signos característicos de una raza distinta a la del esposo engañado. Siendo así, de nada le serviría a éste el Código, omiso en autorizarle a desconocer la filiación del recién nacido.

Art. 308. — No podrá el marido desconocer la legitimidad del hijo nacido a los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, si supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa, o si consintió en que se le atribuyera el hijo así nacido en la partida de nacimiento o si de otra manera le reconoció como propio.

Fuera del caso de matrimonio putativo, no se aplicará este artículo cuando en la época de la concepción las relaciones de los esposos eran incestuosas, o uno de ellos estaba casado con otra persona.

Ver: art. 253 y 322 C. argentino; 768 inc. 2º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 2º del art. 445 del Proyecto argentino de 1936.

La legitimidad de que ahora se trata, dice Bibiloni, es la de los hijos concebidos como naturales, fuera de matrimonio, y nacidos en él. Son, según ésto, hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.

Art. 309. — En caso de muerte del marido, o en el de separación voluntaria o judicial de cuerpo, la mujer que se creyere embarazada por obra de él, debe denunciar su preñez, según los casos, al marido, al juez de la causa, o al de la sucesión o a los que en defecto del hijo serían llamados a suceder a su marido.

La madre tendrá derecho a que el marido o su sucesión le suministren lo necesario para atender los gastos de su desembarazo, sin obligación de restituir lo gastado por este concepto si el hijo no naciere, o resultare que no hubo embarazo.

Ver: arts. 247, 248 y 249 C. argentino; 769 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; y 448 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 310. — Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo nacido o concebido durante el matrimonio.

Si el marido fuere interdicto la acción de desconocimiento no podrá ser ejercida por su curador sin expresa autorización del Juez de la curatela dictada con audiencia del Ministerio de Menores.

Si el curador no intentare la acción, o si el marido no fuere interdicto, podrá éste deducir su acción después de recuperada su razón en el plazo establecido en el art. 312.

Ver: sobre el parágrafo 1º, el art. 256 C. argentino, y sobre los parágrafos siguientes, los arts. 771 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; el art. 446 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936 y 245 C. italiano.
Nos apartamos de estos antecedentes al substituir la palabra "insano" por "interdicto, porque sólo así se explicaría que la accion del paciente sea ejercida por su curador. El simple insano puede carecer de representación necesaria.

Art. 311. — La acción de impugnación de la filiación legítima del hijo concebido por la mujer durante el matrimonio, caduca a los noventa días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La demanda será promovida contra la madre y el hijo. Si éste falleciere, se correrá traslado de ella a los que serían sus herederos en caso de legitimidad o ilegitimidad, y también a cualquier otro que justificare su vocación a heredarle.

Ver: art. 254 C. argentino, que solo concede un plazo de 60 días, como el 316 del C. francés si el actor se encuentra en el lugar del nacimiento del hijo y dos meses si estuviere ausente contados desde el descubrimiento del engaño, si se le hubiere ocultado el nacimiento del hijo.
Mejor es lo estatuido por el art. 183 del C. chileno, según el cual, se presume en el primer supuesto del C .francés que el marido lo supo inmediatamente, a menos de haber habido ocultación de parto, y que en el segundo caso lo supo inmediatamente de su vuelta a la residencia de la mujer, salvo ocultación igual de parto.
El art. 1594 del C. alemán concede un plazo de un año. El art. 523 del C. suizo concede solo un plazo de tres meses. El art. 178 inc. 3º del C. brasileño concede dos meses al marido presente en el lugar del nacimiento del hijo, y de tres meses al que estuvo ausente o al que se le ocultó el nacimiento, contados desde su retorno al hogar conyugal, en el primer caso, o desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho, en el segundo.
Bibiloni juzga que el plazo de 60 días es corto, por lo que auspicia un plazo de 90 días desde que el marido tuvo conocimiento del parto, sin distinguir entre el presente y el ausente. Esta decisión es, sin duda razonable. Decimos que la acción "caduca", porque no se trata de una prescripción.

Art. 312. — Fallecido el marido, sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo o ser excluídos por él, así como los ascendientes del primero, aunque no le sucedan, podrán continuar la acción de desconocimiento iniciada en vida por el difunto.

Ver: art. 258 C. argentino, tachado por Bibiloni de oscuro y erróneo. Ocioso sería reproducir aquí la larga y substanciosa apostilla con que él evidencia los defectos de esa disposición legal, siendo tan fácil, como es leerla desde la pág. 328 a 382 del t. I de su Anteproyecto (edición Kroft).
Mas, a nuestro parecer, preferible es la redacción del inc. 3º del art. 446 del Proyecto argentino de 1936, que copiamos. Ver igualmente art. 246 C. italiano.

Art. 313. — Cuando el marido ha reconocido su paternidad expresa o tácitamente o dejó caducar el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, a menos que por error o fraudulentamente haya sido inducido a reconocer el hijo como propio o a desconocerlo.

En este caso, la acción de desconocimiento de la paternidad, se deducirá por el marido o sus ascendientes o herederos, en su caso, dentro de los noventa días de descubierto el fraude o el error, a menos que existieren justos motivos que excusaran el retardo.

Ver: Art. 258 in fine C. Civil argentino, trasegado del 184 in fine C. de Chile y 1474 del Esboço de T. de Freitas.
Inspirado Bibiloni en el art. 1598 del C. almán y sus motivos, contrarios al eventual reconocimiento que el marido puede hacer del hijo concebido por su esposa si supo antes de casarse el embarazo de ella, porque si ha tenido relaciones con ella bien pudiera creer que de ellas provienen su estado, y el nacimiento demostrarle que estaba engañado, impugna la redacción del in fine del art. 258 del C. argentino, según el cual "No hay lugar a demanda cuando el padre hubiere reconocido al hijo en su testamento, o en otra forma pública";

pues, si a pesar de tal reconocimiento, el hijo naciere después de trescientos días de su fecha, evidente sería que fue inducido en error. Viene de allí la salvedad del parágrafo 1º de nuestro art. 313, literalmente copiado del 774 de la primera redacción del anteproyecto de Bibiloni, reproducido con distinta redacción en el inc. 4º del art. 446 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 314. — Los ascendientes del marido, aunque no hayan de sucederle, y sus herederos presuntivos, concurrentes o excluyentes del hijo, podrán igualmente entablar la acción de desconocimiento:

1º Cuando fuere ignorado el lugar en que reside el esposo desaparecido o fuere incierta su existencia;

2º Si el marido estuvo públicamente privado de discernimiento durante el plazo legal en que habría podido desconocer su paternidad, o su enajenación mental resultare del propio acto de su reconocimiento, o hubiere fallecido antes de vencer dicho plazo.

En el primer supuesto el plazo deberá computarse después de transcurrido un año de la desaparición o de la ausencia, si los actores fueren los ascendientes, y si fueren los herederos, después de la declaración presuntiva del fallecimiento.

En el supuesto del inciso segundo, la demanda deberán promoverla los ascendientes dentro de los noventa días y los sucesores dentro de los ciento ochenta días, computados estos plazos desde la muerte o interdicción.

Ver: art. 773, parág. 2º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y art. 447 del Proyecto argentino de 1936, inspirados en el art. 256 del C. C. suizo, siquiera apartado de su redacción, desde que es evidentemente equivocada, como lo hace notar Bibiloni, al fijar el plazo para la deducción de la acción de los herederos, a partir del día en que conocieron el nacimiento.

"Es claro, —agrega Bibiloni— que si el marido vivía y falleció antes de cumplido el término, no pudieron proceder y debieron esperar su decisión.

"Es todavía exacto que en caso de ausencia simple, aunque no se conozca la residencia del marido, —que es otro de los supuestos— y en el que no ha podido ser informado del nacimiento por cualquier otra causa, como dice el art. 266 suizo, no debe autorizarse el procedimiento de los herederos.

"En el supuesto de residencia ignorada, porque no está justificada la muerte del marido por ese hecho, ni se abre la herencia para los que han de ser los impugnantes "herederos", ni corre término para el desconocimiento del marido que ignora el parto: art. 254 C. Civil. Mientras él viva, nadie puede desconocer la paternidad.

"Reconocemos al ascendiente derecho de un año de ausencia sin noticias: es decir, estrechamos para él el plazo de la presunción de fallecimiento. No se trata de entrar en posesión de los bienes del ausente, por el ascendiente que no aspira a la herencia. Se trata, en cambio, de no transferir por largo tiempo, y de quedar detenido por el litigio de que depende la presunción de fallecimiento, que la madre prolongará tanto como pueda, para que el ascendiente, tal vez anciano, expulse antes de morir, de su herencia propia al hijo espúreo. Tiene título para ello.

"Por fin, tampoco admitimos que cualquier otra causa que la residencia ignorada, pueda ser admitida para autorizar la acción de los herederos, si impidió avisar del nacimiento al marido, porque no es suficiente motivo para substituirle. Así, en caso de enfermedad grave, por ejemplo, ni se comunican hechos que pueden causar la muerte del paciente, ni su imposibilidad temporaria puede introducir a los herederos impacientes, en asuntos de familia, tan graves como los de impugnación de la paternidad. Deben esperar la resolución del marido mientras viva.

"Aceptamos con el Código suizo que la insania se equipare a la muerte, porque en verdad el que la sufre, es un muerto vivo, impotente para obrar. (ver autor y opus cits. t. t. I, pág. 331 y ss.).

Nos apartamos de la redacción del inc. 2º del art. 447 del Proyecto argentino de 1936 agregando el requisito de que la privación de discernimiento padecida por el marido, haya sido **pública**, desde que no se trataría de un interdicto, sino sólo de una privación de la razón no declarada por sentencia, situada en el pasado, cuya comprobación sería difícil si no revistiere el carácter de ser pública.

Agregamos, también de nuestra cuenta, que la enajenación mental del marido apareciere del propio acto de su reconocimiento, lo cual podría ocurrir si su reconocimiento resultare de un testamento otorgado en estado de manifiesta enajenación mental, fácil de establecer, cuando son disposiciones disparatadas, incoherentes o absurdas, frutos de una pérdida de la razón, la cual debe ser "**perfecta**", como reza el art. 3615 del C. argentino.

Art. 315. — Cualquiera persona que tenga interés actual en la declaración de ilegitimidad del hijo, podrá promover la acción de impugnación:

1º Por no haber existido matrimonio entre los padres.

2º Por ser nulo o haberse anulado el matrimonio, salvo si fuere putativo.

3º Por haber nacido el hijo después de los trescientos días subsiguientes al de la disolución del matrimonio; pero si al esposo no le hubiere sido posible tener acceso a su mujer antes de ese hecho, el plazo se computará desde la fecha de la imposibilidad. El mismo principio regirá en los casos de separación de hecho de los esposos sin reconciliación.

Ver: art. 257 C. argentino; arts. 771 y 772 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni, y 449 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 316 — La filiación de que goce el hijo, aunque sea conforme a

los asientos del Registro Civil, o a los parroquiales, podrá ser impugnada por el padre o la madre y por todo aquel que tuviere interés actual en hacerlo, siempre que se alegare parto supuesto, o substitución de hijo, o no ser la mujer, madre del hijo que pasa por suyo.

Ver: art. 261 C. argentino; 776 y nota de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 450 del Proyecto argentino de 1936.
El caso típico a que se refiere o al que es aplicable este precepto es el de los hijos adoptivos bajo el régimen del C. argentino, que no conoce ni admite la adopción. Muchos hombres reconocen falsamente por hijo legítimo suyo a una criatura a la que cobraron cariño, para lo cual han debido alegar un parto supuesto de su mujer que nunca tuvo hijos. El reconocimiento hecho en tales condiciones es revocable por la impugnación del propio marido autor del falso reconocimiento, porque la falsa adopción no está protegida por ese Código, como lo está el reconocimiento de hijos naturales, que es irrevocable.

Art. 317 — Los hijos pueden reclamar su filiación legítima cuando sean desconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible.

Sus descendientes legítimos podrán continuar la acción intentada o iniciarla, pero sólo en el caso de que el hijo desconocido por sus padres hubiere dejado transcurrir dos años después de llegar a su mayor edad sin reclamar su filiación y vivieren el padre o la madre, o sus ascendientes legítimos. Sus otros herederos no podrán proseguir la acción, ni intentarla.

Todos los herederos del hijo podrán proseguir el juicio o iniciar la petición de herencia, cuando sobreviviendo aquél a sus padres, no hubieren transcurrido los dos años posteriores a su mayor edad señalados para deducir la acción. En este caso, la acción de petición de herencia se extingue por no habérsela intentado dentro del año computado desde el día de la muerte del hijo.

Ver: art. 259 C. argentino; arts. 328 a 330 C. francés y 249 C. italiano.
El presente artículo es copia de los arts. 777 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el inc. 3º del art. 452 del Proyecto argentino de 1936, con pequeñísimas modificaciones.
Estos modelos representan una profunda rectificación del art. 259 del C. argentino, según el cual "**Los herederos y descendientes podrán continuar la acción intentada por ellos (los hijos), o entablarla cuando el hijo desconocido por los padres hubiere muerto en la menor edad**", tal como reza el art. 329 del C. francés.
Funda Bibiloni su enmienda del art .259 del C. argentino en la inexcusable distinción que debe hacerse entre los **descendientes legítimos** del hijo desconocido por sus padres, que tienen derecho al estado de su progenitor en la familia, para lo cual se les confiere las acciones de filiación, enderezadas a constituir el estado de las personas, y los **herederos** que no son descendientes legítimos del pretendiente, tales como son sus hijos naturales, su esposo, los herederos testamentarios, porque no le representan, ni tienen título propio, si no se ha abierto antes de la del hijo la sucesión paterna, tal como se infiere de los arts. 3582, 3583, 3549 3531 del C. argentino. Tampoco heredan sus colaterales legítimos.
Los descendientes legítimos tienen además, derecho eventual, por representación, en la herencia de los ascendientes y colaterales. Viene de aquí su título para reclamar su estado de familia por la acción de filiación. Mas los herederos que no son descendientes legítimos, agrega nuestro autor, no pueden proseguir, ni intentar la acción de estado de su padre, porque la muerte del pretendiente ha extinguido toda relación jurídica, que por consiguiente, no ha pasado a sus herederos no descendientes. No son éstos nietos, ni hermanos, ni sobrinos; aunque lo fueren naturales, no heredan: art. 3582.
"Cuando se abrió —agrega Bibiloni— la herencia en beneficio del hijo sobreviviente del padre, entonces se trata de derechos pecuniarios que han pasado a los herederos de aquél. Pueden hacerlos valer".
Tales son los fundamentos de la rectificación del art. 259 del Código argentino.
Los que quieran profundizar esta materia, deben leer la apostilla de Bibiloni al art. 777 de la primera redacción de su Anteproyecto, que, por cierto, no tiene desperdicios (ver t. I, pág. 333, edición Kraft).

Art. 318. — La acción de filiación legítima no puede ser intentada sino contra el padre y la madre conjuntamente. Por fallecimiento de éstos, el hijo podrá deducirla contra todos los ascendientes legítimos de ellos, y si se tratare de petición de herencia, contra todos los herederos de los padres.

También en este caso se impone una enmienda del art. 260 del C. argentino, como consecuencia de lo estatuido en el artículo precedente. Ver: el art. 778 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y el inc. 1º del art. 452 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 319. — El derecho de impugnar la legitimidad o de reclamar la filiación legítima, no se extingue por prescripción ni por renuncia, expresa o tácita; mas los derechos pecuniarios ya adquiridos están sujetos a la prescripción.

Ver: art. 262 C. argentino; 780 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 451 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 320. — La filiación legítima se prueba por la inscripción del

matrimonio de los padres y del nacimiento, en el Registro correspondiente. Si el nacimiento del hijo no estuviere inscripto, o si los libros hubieren sido destruídos, o se hubieren perdido en todo o en parte, o si existiendo ellos no hubiere asientos, el nacimientos podrá demostrarse por la posesión constante del estado de hijo legítimo.

Ver: art. 263 del C. argentino; 781 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 453 del Proyecto argentino de 1936 y 236 C. italiano.

Art. 321 — La posesión de estado de hijo legítimo se acreditará por un conjunto de hechos connotativos de la filiación o el parentesco en su caso. Tendrán este valor:

1º El uso ininterrumpido por parte del recurrente, del apellido de la persona de quien alega ser hijo;

2º El trato que los indicados como padre y madre le hubieren prodigado en calidad de hijo, proveyendo en tal carácter a su educación, alimentación, vestido, alojamiento y colocación.

3º La fama de haberle dado a conocer en sociedad, como hijo legítimo.

4º La aceptación de esa calidad en la familia de los padres.

Ver: art. 454 del Proyecto argentino de 1936 y 237 C. italiano. Aun cuando la noción de la posesión de estado os cosa vieja en ruestro Derecho, a través de su caracterización doctrinal por Demolombe, traida por Vélez Sarsfield a su apostilla al art. 325 del C. argentino, la Comisión de Reforma del Código creyó necesaria su incorporación a un precepto legal, criterio que compartimos, para evitar que por vía de la libre interpretación se la desfigure en el foro, como más de un ejemplo se ha dado entre nosotros.

Art. 322. — A falta de inscripción en los registros y de posesión de estado, o si la inscripción se ha hecho bajo falsos nombres, o como de padres desconocidos, o se tratare de suposición o de substitución de parto, el nacimiento podrá probarse por testigos.

Sin embargo, esta prueba no será admitida sino cuando haya principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios resultantes de los hechos ya probados, sean suficientemente graves para determinar su admisión.

Ver: art. 783 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 455 del Proyecto argentino de 1936; Ley argentina Nº 2681 modificatoria de art. 114 de la ley de matrimonio civil y art. 239 y 241 C. italiano.

Art. 323. — El principio de prueba por escrito podrá resultar de los títulos de familia, de los registros o papeles domésticos del padre o de la madre, de los instrumentos o escrituras públicas o privadas que emanaren de una de las partes comprometidas en el litigio, o que tendría interés en él si viviera.

La prueba contraria se producirá por todos los medios adecuados para justificar que el pretendiente no es hijo de la madre que dice tener, o si establecida la maternidad de ésta, que no es hijo del esposo de ella.

Ver: art. 456 del Proyecto argentino de 1936 y 242 y 243 C. italiano.

Art. 324. — En los casos de los arts. 314 a 321, deberá el juez citar personalmente a todos los herederos y a los ascendientes y descendientes más próximos de los padres en cada línea, a fin de que puedan intervenir en tales juicios si les conviniere.

La sentencia firme que recayere en el juicio podrá oponerse a todos.

La misma regla se aplicará cuando se resuelva la existencia o inexistencia entre las partes, de relaciones jurídicas resultantes de la filiación legítima.

Ver: Art. 789 de la orimera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 457 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO II

De la legitimación

Art. 325. — Este código atribuye la calidad y los derechos del hijo legítimo a los hijos nacidos o concebidos en el precedente concubinato de sus genitores habilitados en ese carácter por el matrimonio válido o putativo de éstos, siempre que los hayan reconocido antes de su celebración o en el momento de efectuarla, o noventa días después.

Ver: art. 311 C. argentino; 788 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 458 Proyecto argentino de 1936; 280 C. italiano; 331 y 333 C. francés; 119, y 121 del C. portugués; 120, 121, 122 y 123 C. español; 217 y 219 C. de Luisiana (exclusión hecha de los incestuosos y adulterinos); 258 y 259 C. C. suizo; 1719 a 1722 del C. alemán; 202 y 206 C. chileno; 236 y 237 C. colombiano; 223 y 225 C. ecuatoriano; 227 C. venezolano; 229 C. uruguayo; 205 y 206 C hondureño; 236 a 238 del C. nicaraguense; 354, 355, y 357 del C. mexicano; 314, 316 y 317 C. peruano; 352 a 354 C. brasileño; 175 y 177 C. boliviano.

Varias e importantes son las observaciones críticas de Bibiloni a la redacción del art. 311 del C. argentino, explicándose de esta suerte su enmienda por el art. 788 de la primera redacción de su Anteproyecto.

Así, dice nuestro autor, y tiene razón, que no es exacto que los hijos nacidos fuera del matrimonio de los padres sean hijos legitimados por su celebración. Sólo es exacto —agrega— para los nacidos o concebidos, antes. Los póstumos, nacidos dentro del término legal después de su disolución, concebidos en él, son legítimos por definición.

En segundo lugar, —continúa nuestro autor— tampoco es exacto que los hijos nacidos durante el matrimonio y concebidos antes, no queden legitimados, en el sistema del código. El art. 322 del C. argentino, lo dice categóricamente. Lo dice igualmente el art. 230 inc. 3º. (Ocioso es decir que, dado lo preceptuado por el art. 239 del presente Código, los hijos a que se refiere el art. 230 inc. 3º del C. argentino, son legítimos).

Tampoco es exacto, —agrega Bibiloni— que la legitimación se produzca solamente por el matrimonio de los que en el momento de la concepción podían casarse, porque aunque no lo pudieran, por la existencia de otro subsistente, o de incesto, o de crimen, la legitimación se produce, si uno de los contrayentes era de buena fe. Los hijos concebidos en el matrimonio, adulterinos o incestuosos, son legítimos en este caso, y los naturales también: art. 230. El nacido bajo impedimento de crimen, como los demás. (ver autor y opus cits. t. I, pág. 342 y ss., edición Kraft).

Hasta aquí lo medular de esta subsanciosa crítica al art. 311 del C. argentino, a la que nos adherimos, pues, como ya lo hemos dicho, por el art. 239 de este Código queda abolida la odiosa categoría de los "hijos putativos" nacidos dentro de los matrimonios absolutamente nulos y de los anulables celebrados por cónyuges de buena fe por ambas partes o sólo de una de ellas.

Tal es la razón por la cual omitimos reproducir el parágrafo 2º del art. 788 del Anteproyecto de Bibiloni y 458 del Proyecto argentino de 1936, según el cual: "**Los hijos adulterinos o incestuosos no pueden ser legitimados sino por un matrimonio putativo. Los primeros pueden serlo por uno válido, si a la época de su concepción alguno de sus padres ignoraba la existencia de un matrimonio subsistente**". Esta disposición resultaría superflua.

Art. 326. — La legitimación se rige por la ley del domicilio de origen de los hijos y la instituida por este Código sólo será aplicable a los hijos de padres que tengan o hubieren tenido su domicilio en la República, al tiempo de la celebración de su matrimonio.

Ver: art. 314 C. argentino; 790 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 458 inc. 3º y 4º y 459 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 327. — En cuanto a los hios cuyos padres tengan o hayan tenido su domicilio matrimonial fuera de la República, al tiempo de la celebración de su matrimonio, aunque otro fuere su domicilio al tiempo de la concepción o nacimiento, y aunque el casamiento se haya celebrado en la República, el subsiguiente matrimonio no legitimará a los hijos, si las leyes del país del domicilio del padre al tiempo de la celebración del matrimonio no admitieren este modo de legitimación, y si lo admitieren, la legitimación será sólo juzgada por esas leyes.

Ver: art. 315 C. argentino; 791 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 460 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 328. — En defecto del reconocimiento anterior al matrimonio hecho en la partida de nacimiento del hijo o por escritura pública, se estará a la declaración que los contrayentes hicieren en el acto de la celebración de su matrimonio, a tenor de lo preceptuado por el inc. 8º del art. 174, o noventa días después.

Ver: art. 317 C. argentino; 794 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 2º del art. 459 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 329. — Si no se hubiera efectuado el reconocimiento dentro del

término expresado en el artículo precedente, no causará legitimación el posterior, sino en virtud de sentencia dictada con intervención del Ministerio Público fundada en la posesión de estado subsiguiente a la celebración del matrimonio.

La sentencia judicial anterior al matrimonio por la que se reconozca la filiación natural del hijo, equivale a reconocimiento expreso.

Ver: art. 795 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni e inc. c) del art. 459 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 330. — El juez ordenará de oficio que la legitimación por sentencia y el matrimonio respectivo sean anotados al margen de la partida de nacimiento del hijo.

Ver: art. 801 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; y 461 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 331. — Los beneficios del art. 325 aprovecha a la posteridad legítima del hijo legitimado.

La legitimación alcanza a los hijos fallecidos al tiempo de celebrarse el matrimonio, cuando dejaren descendientes legítimos, y entonces beneficiará a éstos.

Ver: art. 316 C. argentino; 792 del Anteproyecto de Bibiloni; 462 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 332. — Toda persona mayor de edad que tenga la libre administración de sus bienes podrá repudiar la legitimación, por no ser hijo de la persona que lo reconoció a título de padre.

Pueden igualmente impugnarla los hijos del matrimonio por el que se legitimará al reconocido, a los hijos de un matrimonio anterior o posterior y a los que tuvieran un interés actual en la impugnación.

Ver: art. 320 C. argentino, del que nos apartamos por ser suficientes los dos requisitos: 1º la mayor edad y 2º la libre administración de los bienes, y resultar así superfluo agregar que los que están bajo tutela no pueden aceptarla ni repudiarla, y más en lo que respecta a la mujer casada, que por este Código, goza de iguales derechos que el hombre en el matrimonio.
El parágrafo 2º del presente artículo, viene del art. 798 del Anteproyecto de Bibiloni, no aceptado por la Comisión argentina de reformas del Código.

Art. 333. — La acción de repudiación que compete la legitimado caduca en el plazo de un año, computado desde que se abrió la sucesión del padre o madre.

Ver: art. 799 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 334. — Los efectos de la legitimación principian desde que se contrajo el matrimonio. No se retrotraen a la época en que fue concebido el hijo, ni a la de su nacimiento, sea para influir en los derechos sucesorios adquiridos, sea para que los padres puedan aprovechar del usufructo.

Ver: art. 323 del C. argentino; 802 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 463 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO II

DE LA FILIACION ILEGITIMA

CAPITULO I

De los hijos naturales

Art. 335. — Hijo natural es el concebido y nacido fuera de matrimonio, de padre y madre que al tiempo en la concepción no estaban afectados por los impedimentos de los arts. 142 inc. I, II y III y 143, para casarse.

Madre natural es la mujer soltera que da a luz el hijo a que se refiere el parágrafo precedente.

Repútase padre natural del hijo natural al hombre que ha cohabitado con su madre en la época de la concepción, a menos que otro haya cohabitado también con ella en la misma época. Sin embargo, no se tamará en cuenta la cohabitación, cuando, según las circunstancias, sea evidentemente imposible que la madre haya concebido el hijo por obra del hombre sindicado como padre natural.

Se reputará época de la concepción el periodo de tiempo transcurrido entre los ciento ochenta y trescientos días anteriores al nacimiento del niño.

Ver: art. 311 del C. argentino, evidentemente incompleto, pues, impedimentos para casarse existen, como el de crimen (art. 144 de este Código); el de enajenación mental o sordomudez (art. 145); el de la esposa del desaparecido antes de la disolución de su matrimonio por la prueba de su fallecimiento (art. 146); el de los pacientes de enfermedad crónica contagiosa, transmisible por herencia, o de vicios peligrosos para la prole (art. 147), etc., que infrigidos por los arrimados o amancebados, no engendran hijos ni adulterinos, ni incestuosos. Y como fuera de estas dos categorías de hijos, sólo se ofrece la de los hijos naturales, resulta errada la generalización del art. 311 del C. argentino al estatuir que son tales los hijos de padres que "al tiempo de la concepción pudieron casarse" por no estar comprendidos en ninguno de los impedimentos del art. 9º de la ley de matrimonio civil, se entiende.
Siendo así, como lo es, se impone aclarar el concepto de la habilidad para casarse al tiempo de la concepción del hijo, limitándola a los casos excluidos de los arts. 142 y 143 de este Código, que son los únicos impedimentos cuya infracción puede producir el engendro de hijos adulterinos o incestuosos, tal como lo preceptúan los arts. 363 y 183 inc. I) a VI) del Código brasileño.
Tampoco el C. argentino se cuida de decir quién sea la madre natural, ni quién el padre natural, a menos de establecerlos por mera inferencia. Lógico es que autorizándose al hijo natural a indagar su paternidad y demandar su reconocimiento cuando los padres negasen que son hijos suyos, como lo preceptúa el art. 325 de dicho Código, se aclare previamente los conceptos de madre y padre natural, como lo estatuye el art. 1717 del C. alemán.

Art. 336. — El padre y la madre deben al hijo natural su reconocimiento, a los efectos de establecer su filiación.

Aun sin antecedente legislativo este precepto, se impone su sanción, como presupuesto lógico de la acción de reconocimiento de su paternidad y maternidad que compete al hijo cuando sus progenitores fueren remisos o negaren que es hijo suyo.

Art. 337. — El reconocimiento voluntario de la paternidad del hijo natural puede hacerse conjunta o separadamente por sus padres, y, en su defecto, por sentencia judicial, fundada en la prueba legal de la paternidad, la cual, una vez rendida, no producirá efectos ni en favor ni en contra de terceros. La maternidad se evidenciará por la prueba del parto y de la identidad del que demanda su reconocimiento.

La prueba de la paternidad será facilitada por la presunción del art. 335.
Lo dispuesto acerca de los efectos de la prueba judicial de la paternidad es conforme con la naturaleza meramente declarativa de la sentencia de reconocimiento, la cual es sólo relativa a las partes en litigio. Así también lo es en el Derecho alemán (ver: nota de Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y Saleilles, al art. 1705 del C. alemán, en su versión francesa, t. III, pág. 486).
No basta la prueba del parto, si al mismo tiempo no se evidencia la identidad del nacido con el pretendiente a su reconocimiento, porque no pasando de ser un simple hecho el parto, expuesto está a su ocultación, o a la substitución del nacido, como involuntariamente se han dado casos en las Salas de Maternidad de los hospitales muy concurridos, por impericia o descuido de las enfermeras; o porque no está excluida la posibilidad de que quien acciona por reconocimiento sea un niño expuesto o encontrado en abandono. Tal es la razón por la cual el parto por sí mismo no basta, si no se lo ha registrado por persona idónea, conocedora de lo que afirma ante el oficial del Registro del Estado Civil. Y aun estando anotado el parto en dicho Registro, no es imposible, dice Bevilaqua, que el registro atribuya a cierta señora un hijo que ella no tuvo, o porque alguien, perversamente substituyese por el suyo el nombre de la madre verdadera, o porque el asiento fue, intencionalmente arreglado para perjudicarla. Viene de aquí la acción de desconocimiento de su maternidad conferida a la madre soltera, como lo preceptúa el art. 356 del C. brasileño. (ver: Bevilaqua, opus cit. t. II, pág. 322).

Art. 338. — El reconocimiento voluntario establece, respecto de las partes, la filiación del hijo natural. y los derechos y obligaciones inherentes a su calidad de tal, con los efectos prescriptos en el art. 358 de este Código.

Art. 339. — El reconocimiento voluntario podrá hacerse personalmente o por medio de apoderado munido de poder especial otorgado en escritura pública, en la que se especifiquen nombre y apellido, edad, estado, profesión y domicilio del otorgante, día y hora, mes y año y lugar del nacimiento del hijo, y el nombre que el reconociente le asigne.

Ver: art. 808 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni e inc 2º del art. 465 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 340. -- No haciéndose conjuntamente por el padre y la madre el reconocimiento, queda prohibido al que lo prestare declarar el nombre del otro progenitor, y si intentare hacerlo, el oficial público se abstendrá de consignarlo en el acta respectiva. Mas cuando el padre, previendo o temiendo su próximo fallecimiento quisiere reconocerlo, antes de su nacimiento, podrá expresar el nombre de la madre.

Ver: art. 334 C. argentino; 807 segunda parte y 809 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 465 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 341. -- El reconocimiento es irrevocable. Hecho en un testamento, tiene efecto desde el momento de la muerte del testador, aun cuando el testamento haya sido revocado. En las disposiciones de última voluntad, valdrán por reconocimiento aun los términos enunciativos o de frase incidente en que se manifieste la voluntad de reconocer.

El reconocimiento contenido en el testamento otorgado por el progenitor que al tiempo de la concepción estaba unido en matrimonio, sólo tendrá efecto si la disolución del matrimonio por muerte del otro cónyuge había ya ocurrido en el momento en que se otorgó el testamento.

Ver: art. 333 y 332 C. argentino; 805 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 3º d) del art. 465 del Proyecto argentino de 1936.
La primera parte de nuestro art. 341 es conforme con lo preceptuado en el art. 332 del C. argentino. Es un principio universal (art. 239 C. uruguayo; art. 2º de la Ley colombiana 45 de 1936; art. 217 C. venezolano; 359 del C. peruano; 367 del C. mexicano, con la sola excepción del art. 363; 229 del C. nicaraguense. La irrevocabilidad del reconocimiento no empece su impugnación, como se verá más adelante.
Cuanto a la revocabilidad del reconocimiento hecho en testamento, estatuida por el in fine del art. 333 del C. argentino, y admitida por el art. 805 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y por el inc. 4º, apartado d) del art. 465 del Proyecto argentino de 1936, la propia Argentina la abolió por el art. 2º de su Ley 14.367, inspirado en la crítica de que el art. 333 del Código ha sido objeto por los más autorizados de su exégetas: Segovia, t. I, art. 333, nota 6; Lafaille, Derecho de Familia, Nº 475, pág. 347; Busso, t. II, Nº 35, pág. 784; Borda, Familia, t. II, Nº 676, pág. 53.
Juzgan estos autores que lo que es esencialmente revocable en el testamento, es la disposición de bienes; pero aquí, agregan, no se trata de un acto de disposición, ni siquiera de atribución de derechos, sino de una mera manifestación, una declaración independiente del acto dispositivo. Observan, además, que dado lo dispuesto por el art. 333 del Código, la captación o influencia ejercida sobre un moribundo, pueden hacerle revocar un acto consciente en perjuicio de intereses tan considerables como son los relativos al estado de las personas.
Ha llamado así la atención que el art. 333 del Código haya sido reproducido tanto en el Anteproyecto de Bibiloni, como en el Proyecto de 1936. Mas el art. 256 del C. italiano de 1942 ha estatuído que el reconocimiento hecho en testamento es irrevocable, aun cuando el testamento haya sido revocado. Viniendo Messineo a tratar de esta materia dice que, a estar a la doctrina dominante "se considera el reconocimiento como un negocio jurídico (de derecho familiar). Es —agrega— un negocio unilateral irrevocable (y no sujeto a cláusulas limitadoras de sus efectos) de declaración de certeza de la relación de paternidad (o maternidad) natural, o sea una declaración certificativa (de derecho substancial, no meramente probatorio) por efecto de la cual una relación de hecho, y como tal ignorada por la ley, queda convertida (aun sin cambiar en la esencia) en una relación de derecho (filiación reconocida) y, como tal, productora de efectos jurídicos de derecho familiar. (ver autor y opus cits. t. III, pág. 149).

Art. 342. -- El reconocimiento del hijo natural puede además hacerse por persona idónea y mayor de diez y ocho años en el acto de inscribirse el nacimiento ante el Oficial público encargado del Registro Civil; por declaración ulterior de la misma persona ante dicho oficial público; o por escritura pública, instrumento o escrito privado, suscrito por el padre o la madre.

Ver: arts. 804 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 465 inc. 3º a), b) y c) del Proyecto argentino de 1936 y 254 del C. italiano de 1942.

Art. 343. — El reconocimiento del padre o de la madre, podrá también acreditarse por la prueba supletoria de la posesión de estado, o sea del conjunto suficiente de hechos que, según las circunstancias, evidencien, sin lugar a dudas, un vínculo cierto de filiación entre el hijo y la persona de quien pretende descender.

Ver: art. 812 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; y 446 del Proyecto argentino de 1936. Observa a este propósito Bibiloni que la caracterización de la posesión de estado en la filiación legítima, tal como la dejamos establecida en el art. 324 de este Código, difiere de la que puede invocarse en la filiación natural, no por su esencia, sino por las condiciones mismas de la filiación. Así, es perfectamente comprensible que, en la filiación natural, el hijo no haya sido tratado por la familia de sus padres, como

miembro de ella. Puede hasta ser desconocido de los deudos del padre (autor y opus cits. t. I, pág. 351, edición Kraft).

Damos aquí por reproducida la nota con que Vélez Sarsfield ilustró el espíritu del art. 325 del C. argentino Ahí está trasladada la caracterización de la posesión de estado por Demolombe, mil veces traída y llevada en los pleitos de filiación promovidos después de la muerte del padre o de la madre. Tratándose de una prueba supletoria, no excluye la prueba de la vinculación biológica entre el progenitor y su hijo, resultante de las relaciones concubinarias de los padres en la época de la concepción expresamente fijada en el art. 338 de este Código. La posesión de estado sólo evidencia la voluntad reconociente del padre de ser el actor hijo natural suyo. Mas la filiación en sí no puede derivar sino de la prueba de la vinculación biológica establecida por las relaciones carnales de padre y madre en la época de la concepción. De no ser así, se libraría el reconocimiento judicial a la fuerza deleznable de la deposición concordante de dos testigos hábiles, exentos de toda tacha legal que, en nuestras aldeas rurales se encuentran a cada esquina, dispuestos a desafiar la pena del perjurio. El testigo sudamericano no es el testigo inglés, ni el estadounidense, expuestos a ir a la cárcel al primer indicio de quebrantar maliciosamente el juramento de decir la verdad.

Tal es la doctrina enseñada por Busso, t. II, Nº 110, pág. 731; Rébora, **Instituciones de la Familia**, t. IV, pág. 113 y ss., Díaz de Guijarro, nota en J. A., t. 73, pág. 523; J. A., 1948-I, pág. 302 y J. A., 1951-I, pág. 916, y aunque son alguna salvedad, Borda, Familia, t. II, Nº 728, pág. 87. "Estamos por tanto, muy lejos de compartir el punto de vista, dice Borda, de quienes se satisfacen con la posesión de estado porque importa un reconocimiento. Si esta teoría fuera exacta, la posesión de estado produciría todos los efectos del reconocimiento y brindaría un título de filiación sólo impugnable por acción de contestación de estado. Nuestro punto de vista es muy diverso: creemos que el juez debe valorar el conjunto de la prueba y formar con ella su convencimiento, que puede ser contrario a la filiación no obstante la posesión de estado, pero que también puede satisfacerse con ésta".

A evitar estas bizantinas discusiones, responde el art. 338 de este Código, inspirado en el art. 1717 del C. alemán. Allí está dicho quién sea la madre y quién el padre natural.

Dándose la prueba de la posesión de estado en las demandas post morten, promovidas por pretendidos hijos que han esperado pacientemente el transcurso de largos años a la espera de que la muerte selle los labios de su pretendido padre, privado así de toda posibilidad de defenderse, ha sido empleada en más de un juicio, como artera celada o asechanza para atrapar en sus redes a la familia legítima del difunto, por lo regular absolutamente ajena a las intimidades de la vida de soltero de su causante, y constreñirla a desertar de la producción de las pruebas enderezadas a contrarrestar la acción ejercida por el supuesto hijo natural. Así se han logrado resultados insólitos e inícuos como expresión de una justicia desarmada para la realización de su sagrado ministerio.

Si a esto se agrega que por insensible y paulatina desnaturalización de estado: **nomen, tractatus, fama**, a cuyo concurso atribuye Vélez Sarsfield un valor mayor que el título, la doctrina y la jurisprudencia de consuno han permitido considerar demostrada la filiación aun a falta del nomen, con tal que se halle probado el tractatus y la fama y éstos no trascienda el ámbito reducido de la sociedad de que hace parte la madre de un nivel por lo regular más bajo que el de la sociedad de donde procede el padre, como si fuera verosímil que un hombre de holgada posición hubiera encontrado grato frecuentarla para difundir en ella su paternidad natural.

Rarísimos son así los juicios en los cuales se haya evidenciado, a título de posesión de estado, que el presunto padre pasaba alimentos al menor; pagaba el alquiler de la casa donde moraba su madre y frecuentada por él; proveyera de vestidos y juguetes al niño; costeara los gastos de desembarazo de la madre; inscribiera al niño en la escuela, se interesara por su educación o su colocación para el aprendizaje de un oficio; que cambiara con el actor correspondencia; lo presentara a sus vecinos y amigos y que además le autorizara a usar su apellido, como son los casos que por vía de ejemplo cita Busso (t. II, Nº 169, pág. 737). Tales pruebas son excepcionales y como por lo regular está su producción librada a la complacencia de testigos reclutados ad hoc por estrategas del foro, resulta harto desacreditada la prueba de la posesión de estado, aislada e independiente de la prueba biológica que acredite la filiación.

Ahora que por aplicación de los arts. 284 a 307 de este Código podría nuestra legislación contar con el estatuto regulador de las relaciones nacidas de las uniones de hecho, las cuales deben inscribirse para que los concubinos puedan invocar derechos recíprocos y someterse a obligaciones correlativas, cabe esperar que los hijos concebidos y nacidos en tales uniones puedan contar con la prueba de la verdadera posesión de estado.

Art. 344. — Sólo las personas mayores de diez y ocho años de uno y otro sexo legalmente capaces de tener voluntad y de manifestarla, pueden reconocer hijos naturales.

Como el reconocimiento puede hacerse por testamento, lógico es que para reconocer hijos naturales se exija la capacidad para testar.

Art. 345. — Nadie que sea mayor de edad está obligado a aceptar el estado y calidad de hijo natural en virtud del reconocimiento hecho por los que al hacerlo asumen la calidad de padre o madre. El reconocido durante su minoridad tiene después de alcanzada su mayor edad el derecho, de impugnar su reconocimiento fundado en la falta de veracidad del reconociente. Goza del mismo derecho toda persona incluso el padre o la madre que tenga un interés lícito, moral o pecuniario en demostrar que el autor del reconocimiento no es el verdadero padre o madre del reconocido.

La impugnación se admite aun después de la legitimación.

Esta acción es imprescriptible.

---

ver: art. 335 C. argentino; 813 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 467 del Proyecto argentino de 1936.

Nos apartamos de la redacción de estos antecedentes, con el objeto de evitar toda duda acerca de este precepto. En el art. 335 del C. argentino se emplea el vocablo "contestado" que en castellano no significa lo qué en francés "contester" que significa negar. Preferimos llamar de impugnación a la acción conferida al reconocido, como más propia para connotar, como en latín, la idea de combatir, contradecir, refutar, tal como está en el art. 263 del C. italiano de 1942, y así también está en el art. 813 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; el art. 467 del Proyecto argentino de 1936; el art. 362 del C. brasileño; el 133 del C. español, 363 del C. peruano, etc.

El art. 335 del C. argentino calla acerca de la prescripción de la acción de impugnación, acaso porque estatuyéndose por su art. 4019 inc. 2º la imprescriptibilidad de la acción relativa a la reclamación de estado ejercida por el hijo mismo, haya el codificador juzgado propio dejar que aquella análoga por su naturaleza a ésta, sea imprescriptible.
Mas el in fine del art. 813 del Anteproyecto de Bibiloni estatuye que "La impugnación queda sometida a la disposición del art. 799" según el cual la acción de impugnación de la legitimación debe ser deducida sopena de caducidad, por los interesados, dentro del término de un año, contado desde que se abrió la sucesión del padre o de la madre. El legitimado, —agrega— la deducirá después de su llegada a la mayor edad.
En otros códigos, se acota en el tiempo, el ejercicio de esta acción. Así, por el art. 362 del C. brasileño se preceptúa que el menor puede impugnar el reconocimiento, dentro de los cuatros años siguientes a su mayoridad o emancipación. Indéntica es la decisión del art. 133 del C. español. Los arts. 376 y 377 del C. mexicano fijan el término para deducir esta acción en dos años, computados desde que el hijo sea mayor de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no la tenía desde la fecha en que la adquirió. El art. 364 del C. peruano fija en tres meses el plazo para impugnar, computado desde el día en que el reconocido tuvo conocimiento del acto. El derecho no es uniforme en esta materia.
Nosotros nos inclinamos a admitir la imprescritibilidad de la acción porque no siendo obligatorio aceptar el estado de hijo natural hecha por un presunto padre, acaso movido por el interés de heredar al reconocido, y por lo general durante la minoridad del hijo, lógico es que pueda éste impugnar en todo tiempo dicho reconocimiento, después de alcanzada su mayor edad.
Cuanto al interés que debe acreditar el que promueva la acción, no se discute el interés moral del padre o la madre en que no se vincule la paternidad o maternidad de su hijo a la de un usurpador. Tampoco se controvierte el interes pecunario, porque el reconocimiento convertiría a su autor en coheredero del otro progenitor en la sucesión del hijo (ver Busso, t. II, Nºs 35 y 36, pág. 794 y ss.). Mas el autor del reconocimiento no puede impugnarlo fundado en su propia falta de veracidad, sin perjuicio de demandar su anulación si su voluntad ha sido viciada por error, dolo o violencia (Busso, t. II, Nºs 60 a 63, pág. 797).

Art. 346. — El reconocimiento hecho por error, dolo o violencia es anulable. Sólo el que hizo el reconocimiento puede demandar su anulación y la sentencia que haga lugar a la nulidad no prejuzga sobre la calidad de hijo del reconocido, materia exclusiva de la acción de impugnación.

Acto jurídico el reconocimiento, mal puede escapar a las normas generales sobre nulidad y anulabilidad por vicios del consentimiento. El error suprime la intención, sea propio o inducido por tercero, como en el caso de dolo. La violencia oblitera la voluntad por la supresión de la libertad. Como tales vicios no son manifiestos, el acto no sería nulo de nulidad absoluta; sino anulable (ver Busso, t. II, Nºs 107 a 114, pág. 801; en contra, Borda, Familia, t. II, Nºs 702, pág. 69). Sostiene Borda que el reconocimiento no es acto jurídico porque el que lo hace no trata de crear situaciones jurídicas o derechos, sino de una simple declaración referida a un hecho biológico, a la cual la ley confiere determinados efectos jurídicos (autor y opus cit. t. II Nº 704, pág. 70). Pues, precisamente porque la ley confiere efectos jurídicos a esa declaración, ésta deviene acto jurídico, porque el hecho biológico en sí, destituido de reconocimiento, no es tomado en consideración por el derecho. El mero ayuntamiento del hombre y la mujer, es un simple hecho que no va más allá de lo que es, pero que homologado por acta matrimonial autorizada por el oficial público competente, genera derechos y obligaciones recíprocos entre los esposos, y es fundamento de la paternidad del hijo concebido y nacido en él.
Se dirá que no se concibe el error in personam invocado por el reconociente. No hay tal. Como enseña, Cicu, este error se valora en relación con el fin para el que el poder de reconocer es concedido; por tanto el error que objetivamente excluya la paternidad. Estimamos, —agrega— que la prueba del error no es por sí misma suficiente para privar al acto de su valor de título; hay que probar la inexistencia del estado. Tal sería el caso de un hombre que convencido de haber sido el único que convivió con la madre, reconoce por suyo al hijo dado a luz por esta, sin embargo de haber ella mantenido relaciones concubinarias con otros hombres, y haber sido el reconocimiento hecho por ella impugnado por el propio hijo o por terceros. Probado así el error quedaría probada la no paternidad. (ver autor cit. La Filiación, pág. 229, versión castellana de Giménez Arnau y Santa Cruz Tejeiro, Madrid, 1930).
El error provocado por dolo es fácil de comprender. La propia madre pudo ser la que, en el interés de conferir a su hijo vocación hereditaria en la eventual sucesión del reconociente, valida de maquinaciones perversas le indujo al reconocimiento. Y en igual medida cabe admitir el vicio de violencia, cuando el reconociente ha sido víctima de injustas amenazas para determinarse a reconocer por propio al hijo de otro.

Art. 347. — Todo interesado puede demandar la nulidad del título por incapacidad absoluta o relativa del reconociente y por omisión de las formas exclusivamente ordenadas por la ley.

Sin antecedente en el C. argentino, acaso porque el codificador haya entendido que esta acción es de derecho común.

Art. 348. — Los hijos naturales tienen acción para pedir ser reconocidos por el padre o la madre o sus herederos o para que el juez los declare tales, cuando los padres negasen que son hijos suyos, admitiéndoseles en la investigación de la paternidad o maternidad todas las pruebas que se admiten para probar los hechos, y que concurran a demostrar la filiación natural. No habiendo posesión de estado, este derecho sólo puede ser ejercido por los hijos durante la vida de los padres. La acción contra los herederos del padre, solo podrá intentarse hasta un año después de ocurrido su fallecimiento. La acción de reconocimiento de la maternidad es imprescriptible.

Ver: art. 325 C. argentino; 814 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 468 del Proyecto argentino de 1936; 378, 379 y 380 C. peruano.

Art. 349. — No es permitida la indagación de la maternidad cuando tenga por fin atribuir el hijo a una mujer casada.

Ver: art. 326 C. argentino; 815 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; y 469 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 350. — En ningún caso se admite un reconocimiento en oposición al estado de hijo legítimo en que la persona se encuentra.

Ver: art. 253 C. italiano. Este precepto se inspira en el favor legitimitatis. (Messineo, t. III, Nº 7, pág. 153).

Art. 351. — El hijo natural de uno de los cónyuges reconocido durante el matrimonio, no puede ser introducido en el domicilio conyugal sino con el consentimiento del otro cónyuge, salvo que éste haya dado ya su consentimiento.

Ver: art. 259 C. italiano; 359 C. brasileño; 278 in fine del C. chileno; 278 C. uruguayo; art. 61 de la Ley colombiana Nº 153 de 1887; 223 C. venezolano; 360 C. peruano; 312 in fine del C. ecuatoriano; 373 C. mexicano; 181 C. guatemalteco; 290 in fine del C. hondureño; 234 C. nicaraguense.
La filiación natural, reconocida o declarada, —dice Messineo— es relación unilateral, o sea que tiene efectos respecto del único progenitor de que se trata; opera respecto de ambos progenitores en el caso de que ambos hayan procedido al reconocimiento o en el caso de que haya sido declarada la paternidad y también la maternidad.
"La filiación natural que sea simplemente reconocida, o judicialmente declarada — continúa nuestro autor— da lugar al vínculo de parentesco natural; el cual no se extiende más allá de las relaciones que vienen a establecerse entre el progenitor —que reconoce al hijo o respecto del cual se declara la paternidad o maternidad— y el hijo reconocido o declarado tal. (ver autor y opus cits. t. III, pág. 126).

Art. 352. — Los hijos nacidos de personas entre las cuales exista un vínculo de parentesco aunque sea solamente natural, en línea recta hasta el infinito o en línea colateral dentro del segundo grado, o bien un vínculo de afinidad en línea recta, no pueden ser reconocidos por sus progenitores, salvo que éstos al tiempo de la concepción ignoraren el vínculo existente entre ellos. Cuando uno solo de los progenitores ha procedido de buena fe, el reconocimiento del hijo puede hacerse sólo por él.

Ver: art. 251 C. italiano. El art. 180 del Código italiano abrogado prohibía el reconocimiento de los hijos espurios: incestuosos y adulterinos, tal como lo había inspirado su modelo, el art. 335 del C. francés (modificado por la Ley francesa del 30 de diciembre de 1915), y a su imitación los arts. 129 y 139 del C. español; 304 del C. C. suizo; 374 del C. mexicano; 358 del C. brasileño.
Mas, en esta materia, se ha operado un cambio en el espíritu de la legislación civil. El art. 251 del Código italiano de 1942, que trasegamos al 252 del presente Código, admite que el hijo incestuoso sea reconocido por el cónyuge de buena fe, o sea por el que al tiempo de la concepción ignoraba el impedimento.
Ya antes de 1917, esbozando Bevilaqua el actual C. brasileño, estatuyó por su art. 421 la posibilidad del reconocimiento del hijo incestuoso o adulterino con la única prohibición de hacer en él cualquiera mención de la que se induzca que el hijo procede de un concúbito reprobado. Mas, su iniciativa fue rechazada y así se dispuso por el art. 358 del citado Código que: "Los hijos incestuosos o adulterinos no pueden ser reconocidos", a propósito del cual dice Bevilaqua que "la prohibición de reconocer a los espurios no se justifica ante la razón y la moral. La falta —agrega— es cometida por los padres y la deshonra recae sobre los hijos, que en nada cooperaron en ella. La indignidad está en el hecho del incesto o del adulterio, y la ley procede como si ella estuviese en los frutos infelices de esas uniones condenadas. Una vez más cabe repetir las palabras indignadas de Cimbali: "Extraña, en verdad, la lógica de esta sociedad y la justicia de estos legisladores que, con impudente cinismo subvierten, por completo, los más sagrados principios de responsabilidad humana, convirtiendo al reo en víctima, y a la víctima en reo, condenado a expiar, inexorablemente, la pena de un crimen, que no cometió: patres nostri peccaverunt, et nos peccata eorum portamus. Y esta mezcla de cinismo y de iniquidad, de absurdo y de injusticia alcanza indudablemente el límite cuando se ve el espectáculo repugnante, como en Francia y en las provincias meridionales de Italia, de consagrar de un lado la absoluta irresponsabilidad del incesto, tanto en la ley penal como en la ley civil, para los autores de éste, y de hacer caer de otro entera la responsabilidad sobre la cabeza inocente de los hijos, negándoles todo derecho, incluso el sagrado de los alimentos, consecuencia y expresión inmediata del derecho a la vida que tienen, cuando no se quiere mostrar al menos la franqueza de afirmar que estos solamente tienen la obligación de morir" (ver autor cit. La Nova Fase Del Diritto Civile, Nº 117, pág. 146, edic. Torino, 1907; y versión castellana de la misma obra, Nº 117, pág. 115).
Agrega Bevilaqua: "Los principios fundamentales que deben dominar esta materia son los siguientes: 1º El derecho a la vida compete a todo individuo. El hijo espurio, como individuo, debe tener el mismo derecho a las posibilidades de existencia de cualquier otro. Cerrarles las puertas de la sociedad, restringirles sus derechos es una injusticia, tanto más grave cuanto que ellos nada hacen por merecerla; 2º El principio de la responsabilidad de los padres. Aquel que llamó a la existencia a un hijo, contrae por ese mismo hecho, la obligación de alimentarle y dirigirle en la vida. Si la ley prohibe al padre reconocer al hijo espurio, se lo libera de esa responsabilidad en detrimento del hijo. Es, al mismo tiempo, una ley injusta, porque extrae del hecho de los padres motivo para perjudicar al hijo, y es inmoral, porque es protectora de las uniones condenables. 3º El interés social. 4º El interés de las familias. En interés de la sociedad favorece las uniones legales, y al mismo tiempo condena a desclasificación a los espurios. En interés de las familias exige que los reconocimientos se hagan con las cautelas necesarias, a fin de que no se ofenda el recato de los hogares honestos, ni se introduzcan en las familias órganos extraños.
"De la combinación de estos principios resulta la necesidad de aceptar el reconocimiento de los espurios, pero imponiéndoles ciertas cautelas, como se ve en el art. 420 del Proyecto" (ver Bevilaqua, opus cit. t. II, pág. 324 a 326).
Estos mismos principios fueron, sin duda, los que inspiraron al legislador francés a permitir por las leyes

del 7 de noviembre de 1907 y 30 de diciembre de 1915 la legitimación de ciertas categorías de hijos adulterinos, cuyos progenitores se han unido por un matrimonio legítimo. La primera de esas leyes permite la legitimación del hijo adulterino no reconocido por el marido de su madre, pero que puede ser legitimado por la adúltera una vez viuda y vuelta a casarse con el verdadero padre del hijo(ver Planiol, Traité Elementaire de Droit Civil, t. I, Nº 1553 bis, pág. 505, 10ª. edición y Rouast, in Planiol y Ripert, Traité Pratique, t. II, Nºs 964, pág. 814 y ss., y Nº 996, pág. 841).
No otras deben ser las consideraciones que abonan en el Código alemán la omisión de toda diferencia entre hijos naturales, incestuosos y adulterinos.
Finalmente conviene recordar que el Código argentino, después de estatuir por su art. 342 que: "Los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos no tienen, por las leyes, padre o madre, ni pariente alguno por parte de padre o madre. No tienen derecho a hacer investigaciones judiciales sobre la paternidad o maternidad" preceptúa por el art. 243 que dice: "La sola excepción del artículo anterior, es que los hijos adulterinos, incestuosos o sacrílegos, reconocidos voluntariamente por sus padres, pueden pedirles alimentos hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que estuvieren imposibilitados para proveer a sus necesidades", iniquidad que tanto Bibiloni, por el art. 821 de su Anteproyecto y la Comisión argentina de reformas del Código (art. 472 de su Proyecto) han tratado de borrar, al asimilar al hijo espurio así reconocido al hijo natural.

Art. 353. — Los hijos nacidos de matrimonios putativos pueden ser reconocidos por el progenitor que al tiempo de la concepción no estaba unido en matrimonio.

Pueden ser reconocidos también por el progenitor que al tiempo de la concepción estaba unido en matrimonio, cuado el matrimonio sea disuelto por efecto de la muerte del otro cónyuge.

Ver: art. 252 C. Italiano. Sobre sus fundamentos, ver lo que dejamos expuesto en la nota anterior. Ver: 225 C. venezolano.

Art. 354. — El hijo natural asume el apellido del progenitor que lo ha reconocido o el del padre, si conjunta o separadamente ha sido reconocido por ambos progenitores.

Ver: art. 262 C. Italiano; art. 222 C. venezolano; 361 del C. peruano; 389 C. mexicano.

Art. 355. — Siendo menor de edad el hijo natural reconocido será confiado a la guarda del progenitor que le reconoció primero; y si padre o madre lo reconocieron conjuntamente, a la de ambos, salvo que sea menor de cinco años, caso en el cual quedará bajo la guarda exclusiva de su madre.

Ver: art. 360 C. brasileño; 326 C. argentino; 154 C. español; 276 C. chileno; 394 C. peruano; 262 C. venezolano; 380, 381 y 415 C. mexicano; arts. 15 y 17 de la Ley colombiana Nº 45 de 1936; 144 C. costarricense; 191 C. guatemalteco; 263 a 267 C. nicaraguense.

Art. 356. — Si el hijo naural fuere menor de edad y su reconocimiento procediere de sentencia dictada contra la voluntad del progenitor demandado, su guarda será confiada al que le reconoció voluntariamente.

Ver: art. 395 C. peruano; 383 C. brasileño; argumento contrario del art. 260 inc. 1º del C. italiano; 154 inc. 2º C. español; 166 C. portugués; 145 C. costarricense; 19 C. guatemalteco.

Art. 357. — Los hijos reconocidos de conformidad con los arts. 353 y 354 son equiparados a los naturales, con los mismos derechos de que éstos gozan y sometidos a idénticas obligaciones.

Art. 358. — El reconocimiento que los progenitores solteros hacen de sus hijos naturales, confiere a éstos, con relación a su padre y madre y a los parientes consanguíneos naturales del que los reconoció, la condición legal de los hijos legítimos.

Ver: art. 1705 C. alemán; y 226 del C. venezlano. La situación del hijo natural en relación a su padre y madre natural es, en el Derecho alemán, distinta a la que por este Código se le confiere. Desde luego, el C. alemán no hace distinciones entre los hijos ilegítimos, sean adulterinos o incestuosos, o nacidos del ayuntamiento de dos prometidos que no llegaron a casarse. Su condición no es ni peor ni mejor que la de los otros hijos naturales. Más el Código establece una nítida distinción en sus relaciones con sus progenitores. Extraños al padre, mantenidos fuera de la familia paterna, los hijos naturales sólo gozan contra su padre de la acción de alimentos. Mas en cambio, ellos son vinculados a la madre por todos los lazos del parentesco y considerados como hijos legítimos de ella.
Y como por dicho Código el hijo natural y su padre no son considerados parientes, éste no tiene sobre aquél la patria potestad, ni derecho recíproco a sucederse, sin que el reconocimiento que haga el padre cambie la condición del hijo. No obstante, se raconoce influencia a la paternidad natural en relación al hijo, en cuanto les está prohibido casarse; y está permitida la legitimación de éstos por el subsiguiente matrimonio de sus progenitores, amén de la acción de alimentos.
Otra es la situación del hijo natural en relación a su madre en cuanto es tratado como hijo legítimo, con

derecho a sucederla y a pedirle alimentos, pero sin que ella goce de la patria potestad. El hijo es confiado a la tutela dativa. Su reconocimiento no produce otro efecto que servir para probar su maternidad. (ver apostilla de Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hámel, etc., al art. 1705 de su **Code Civil Allemand**, t. III, pág. 486 y Kipp y Wolff, Derecho Civil, t. II, parág. 94, pág. 183 y ss.).

Bajo la indudable influencia del art. 1705 del C. alemán, los compiladores del Código venezolano de 1942, haciéndose cargo de la realidad social de su país, que reclamaba imperativamente el mejoramiento de la condición civil del hijo natural, decidieron, con general aprobación, extender el principio consagrado por el art. 241 del Código anterior, análogo al del art. 1705 del C. alemán, al padre natural. Es así oportuno reproducir aquí las palabras con que el senador doctor Arcaya sostuvo el art. 241 del Código venezolano, ya abrogado, con ocasión de su sanción legislativa. "En cuanto a la filiación natural uterina —decía él— se hace menester, dadas las condiciones de nuestro medio social, no sólo asegurar su prueba sino ampliar los derechos que de ella se derivan, a fin de que la ley corresponda a la estrecha naturaleza de los vínculos que existen entre madre e hijo, no aflojados en nuestras costumbres por la circunstancia de que éste no haya nacido de legítimo matrimonio. En Venezuela es la excepción lo que en Francia es la regla: que la madre natural no crie consigo a su hijo sino que trate de ocultarlo a la curiosidad de las gentes, dándolo a cuidar a extraños. Si, pues, los dictados de la naturaleza, y las costumbres, se acuerdan en nuestro país para que en la realidad de las cosas el hijo natural goce de igual público afecto por parte de su madre que si fuera su hijo legítimo, es justo que el legislador venezolano tome en cuenta este hecho y en lugar de inspirarse en leyes que corrsponden a sentimientos diferentes, vuelva la vista a las necesidades y circunstancias del medio patrio para el cual ha de dictar sus leyes, estableciendo como principio general la igualdad de los hijos ante la madre, ya sean legítimos o naturales. Sobre que al hacerlo así tampoco se le podrá tachar de temerario innovador, pues, en legislaciones modernas de muy civilizadas naciones está consignado ese principio. "El hijo natural en sus relaciones con la madre y los parientes de la madre tiene la condición jurídica de hijo legítimo", dice el art. 1705 del C. alemán y esto viene también de antiguo. "Nadie es bastardo respecto de su madre" era una máxima jurídica del viejo derecho flamenco.

"Este principio nos viene también de la tradición romana: "Por ley de la naturaleza el hijo nacido fuera de matrimonio debe seguir la condición social y jurídica de la madre" (Gayo, Institutas 1, 19 y 24).

"El Código Civil suizo acuerda a los hijos naturales respecto de la madre un estado parecido al del hijo legítimo" (arts. 324 y 461) (ver Alejandro Pietri hijo, El Código Civil de 1916, pág. 82).

Mas al esbozarse el Código venezolano de 1942 encontraron a bien sus compiladores extender los beneficios del art. 241 del Código de 1916 en relación al padre natural y sus parientes consanguíneos, salvo disposición de la ley por la que tal beneficio se restrinja, como está preceptuado por el art. 823 del nuevo Código respecto del hijo natural que concurriendo con hijos legítimos en la sucesión de su madre, sólo recoge la mitad de la cuota que corresponde al legítimo, tal como está igualmente preceptuado por el art. 461 del C. C. suizo.

Como en el Paraguay abundan tantos hijos naturales, como legítimos, y nuestras costumbres son análogas a las mentadas de su país por el senador venezolano doctor Arcaya, juzgamos que la innovación que representa el art. 358 de este Código en relación a los preceptos del C. argentino, relativos al hijo natural, no será resistida, sino antes bien, recibida con general beneplácito.

Art. 359. — La madre, aunque sea menor de edad, puede durante la minoridad de su hijo y en nombre de él intentar la acción contra el padre natural para que reconozca su paternidad. El tutor del menor no podrá hacerlo sino con autorización del juez de la tutela.

Ver: art. 376 C. peruano.

Art. 360. — La acción del art. 348 no pasa a los herederos del hijo natural. Sin embargo, sus descendientes pueden continuar el juicio que dejó abierto.

Ver: art. 377 C. peruano.

Art. 361. — El padre y la madre tienen el derecho y la obligación de criar a sus hijos naturales, proveer a su educación, vigilancia y dirección, y a guiarlos en la elección de una profesión costeada a sus expensas, todo de acuerdo con sus condiciones de fortuna. El Juez, empero, podrá, si el interés de los hijos lo demande, confiar su educación al exclusivo cuidado de la madre o de un instituto de enseñanza a costa de los padres.

Ver: art. 330 C. argentino; y 817 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 362. — Los padres están obligados a dar a sus hijos naturales los alimentos necesarios hasta la edad de diez y ocho años, y siempre que los hijos se hallen en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades. Esta obligación es recíproca entre padres e hijos.

Ver: art. 331 C. argentino y 818 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 363. — Los fallos definitivos que declaren la existencia o inexistencia de la filiación natural, en litigios seguidos con parte legítima, reconocen un estado, y como tales, producirán efecto contra todos.

Sin antecedente en el C. argentino. Ver: art. 819 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y art. 470 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 364. — Es prohibida toda investigación de paternidad o de maternidad adulterina o incestuosa. No se admitirá acción alguna del hijo que tenga por objeto declararla.

Ver: art. 341 del C. argentino; 820 inc. 1º de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 471 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Omitimos definir qué sean los hijos adulterinos e incestuosos, como lo estatuyen los 338 y 339 del C. argentino, y lo repiten los arts. 820 del Anteproyecto de Bibiloni y 471 del Proyecto de 1936, porque son nociones de dos estados que son caracterizados por los impedimentos de los arts. 142 incs. I) II) y III) y art. 143 de este Código.
Hemos de agregar, sin embargo, la aclaración que hace Bibiloni en su apostilla al art. 820 de su Anteproyecto, y es que "lo prohibido no es cualquier investigación de que resulte la paternidad o maternidad adulterina. Lo que se prohibe es sólo la investigación intentada por el hijo con el objeto único de establecer la maternidad o paternidad adulterina o incestuosa. Queda así excluída la hipótesis del marido que ejerciendo el derecho de desconocer la paternidad que su esposa le atribuye respecto de un hijo nacido dentro del matrimonio, evidencia en juicio la imposibilidad física de su cohabitación con ella en la época de la concepción, sea por haber estado ausente en lugar remoto o por padecer de impotencia generandi o esterilidad para generar hijos.

TITULO III

DE LA ADOPCION

CAPITULO I

De la adopción y sus efectos

Art. 365. — La adopción es el acto jurídico por el cual se establece sin condición ni plazo entre dos o más personas un parentesco civil del que deriva análoga relación de derecho a la resultante de la filiación legítima entre genitores e hijos.

Ver: Ley paraguaya Nº 831, art. 1º.
Suscrito por el Presidente de la República, General Alfredo Stroessner y refrendado por el ministro de Justicia y Trabajo interino, Dr. Juan Ramón Chaves, fue promulgada la Ley 831 "De Adopción". De esa manera entró en vigencia la importante disposición gubernamental sancionada por la H. Cámara de Representantes de la Nación el último treinta de agosto de 1962.
TEXTO DE LA LEY. — He aquí el texto de la precitada Ley Nº 831:
Artículo 1º La adopción es un acto jurídico, por el que se permite, prohijar o tomar por hijo al que no lo es por naturaleza. Solo procederá cuando ofrezca ventajas para el adoptado.
Art. 2º Podrá adoptar toda persona que haya cumplido cuarenta y cinco años de edad, carezca de descendencia legítima o legitimada, que se halle en el goce de sus derechos civiles y tenga por lo menos diez y ocho años más que el adoptado.
Art. 3º No será necesaria la edad indicada en el art. anterior cuando la adopción se cumpliere por ambos cónyuges, siempre que los mismos tuvieren más de siete años de casados, no hubieren tenido hijos y fueren mayores de veinte y cinco años.
Art. 4º Nadie podrá ser adoptado por dos personas, salvo que fueren marido y mujer. Ninguno de los esposos podrá adoptar sin el consentimiento del otro.
Art. 5º Toda adopción requiere el consentimiento del adoptado. Si fueren menores abandonados, huérfanos de padre y madre e hijos de padres desconocidos, deberán prestarlo sus representantes legales. Existiendo padre y madre se requerirá la conformidad de ambos.
Art. 6º El tutor o el curador no podrá adoptar al pupilo o a quien estuviere bajo su potestad, hasta haber rendido cuenta de su administración y haber pagado el saldo resultante.
Art. 7º La adopción se llevará a cabo por escritura pública, o ante el Encargado de la Oficina del Registro Civil, y no podrá sujetarse a condición o término alguno. El consentimiento a prestarse por los padres o representantes legales de los menores, deberá otorgarse en el momento mismo de la adopción.
Art. 8º La escritura en que conste la adopción deberá inscribirse en la Oficina del Registro Civil del domicilio del adoptado en libro especial, que se habilitará a tal efecto, y asimismo, al margen de la partida de nacimiento del adoptado.
Art. 9º La adopción surtirá efecto legales a partir de la fecha de Inscripción en la Oficina del Registro Civil.
Art. 10 El parentesco resultante de la adopción se limitará al adoptante y adoptado, creando los mismos vínculos jurídicos que ligan al padre con sus hijos, con iguales derechos y obligaciones.
Art. 11. Como consecuencia de la adopción, no podrán contraer matrimonio: a) El adoptante con el adoptado o alguno de sus descendientes; b) El adoptado con el cónyuge del adoptante ni el adoptante con el cónyuge del adoptado; c) Los hijos adoptivos del mismo adoptante entre sí; d) El adoptado con un hijo del adoptante.
Art. 12. La adopción confiere al adoptado el derecho de llevar el apellido del adoptante, sin perjuicio de poder agregar el suyo propio si lo deseare.
Art. 13. Los derechos y deberes que resulten del parentesco de sangre no quedan extinguidos por la adopción, con excepción de la patria potestad, que será transferida del padre verdadero al adoptivo.
Art. 14. La obligación alimentaria es recíproca entre el adoptante y el adoptado. El adoptado menor de edad no estará obligado a suministrar alimentos al adoptante.
Art. 15. El adoptante no gozará de usufructo sobre los bienes del adoptado ni de remuneración alguna por su administración.
Art. 16. La adopción surtirá sus efectos aunque sobrevengan hijos legítimos al adoptante.
Art. 17. El adoptado y sus descendientes son herederos del adoptante; pero éste no hereda al adoptado sino por testamento.

Art. 18. El vínculo de la adopción quedará disuelto: a) Por conformidad de partes, debiendo prestarse la misma con las formalidades del caso; b) Por voluntad del adoptado, manifestada en escritura pública dentro del año de haber adquirido o recobrado su capacidad; c) Por ingratitud del adoptado para con el adoptante.
Art. 19. La autoridad competente en materia de adopción es el Juez de Primera Instancia en lo Civil y el procedimiento será sumario.
Art. 20. Quedan incorporadas las presentes disposiciones al Código Civil.
La adopción carece de antecedentes en el C. argentino. En la nota al art. 4050, dice Vélez Sarsfield: "el Código no reconoce adopción alguna", no obstante lo cual, no han faltado parejas de casados que deseosas de consagrar su amor filial a alguna criatura, se han aventurado a reconocerlo por hijo legítimo ante el Encargado del Registro Civil, para lo cual han debido falsear la verdad al atribuir su concepción a la esposa y su nacimiento dentro del matrimonio. De esta suerte, a falta del estatuto regulador de la adopción, se ha introducido artificiosamente en la familia legítima al hijo de terceros, en ocasiones un hijo natural o adulterino, o un huérfano de padre y madre, depositado en una Casa Cuna, con la ingrata consecuencia de que al fallecimiento de uno de los cónyuges osase el adoptado disputar al supérstite derechos hereditarios sobre los bienes propios del difunto y la mitad de sus gananciales, como si en verdad fuera hijo legítimo de ambos. No hace falta agregar que de tales simulaciones han resultado ingratos pleitos de revocación del falso reconocimiento de una filiación legítima inexistente, con toda su secuela de disgustos y arrepentimientos.
Era, pues, aconsejado incorporar a nuestra legislación civil el estatuto regulador de la adopción, cuya larga historia dejamos a los libros de doctrina, no tanto porque abunden los casos de personas anhelosas de aceptar a un extraño en calidad de hijo, sino porque admitida, como está, esta institución en la mayor parte de los códigos modernos, tanto europeos, como americanos, mal podía el Paraguay seguir ignorándolo. A 17 de setiembre de 1962 se publicó en "La Tribuna" la Ley paraguaya Nº 831, o sea en vísperas de la presentación del presente Anteproyecto.
La definición de nuestro art. 365 es la de Stolfi (ver: Dirito Civile-Diritto di Famiglia, t. V, Nº 971, pág. 619). Aun cuando la adopción es una imitación de la naturaleza, la relación jurídica nacida de ella entre adoptante y adoptado, no confiere a éste idénticos derechos a los del legítimo y legitimado, sino sólo análogos derechos. Es natural que la extensión de tales derechos dependa del Derecho positivo, distinto por cada país. Así, viniendo Rouast a distinguir la adopción de la legitimación, señala las siguientes diferencias profundas dentro de la legislación francesa, se entiende:
a) Puede adoptarse tanto a un hijo legítimo como a un hijo natural;
b) La adopción crea una filiación artificial que se superpone al vínculo natural o legítimo, el cual subsiste, al paso que la legitimación tiene por objeto transformar un vínculo de filiación natural en un vínculo legítimo;
c) La adopción no produce todos los efectos de la filiación legítima para la familia del adoptante, pero crea un vínculo personal entre adoptante y adoptado. En legitimación, por el contrario, el legitimado es asimilado sin restricción para el porvenir a un hijo legítimo; y
d) La adopción es revocable, al paso que la legitimación no lo es. (ver autor cit. in Planiol y Ripert, t. II, La Famille, Nº 1009, pág. 853).

Art. 366. — La adopción es permitida a toda persona capaz y solvente de antecedente notoriamente honorables, domiciliada y radicada en el Paraguay, que no teniendo descendientes legítimos, legitimados o naturales, haya cumplido cincuenta años y exceda al menos en diez y ocho años la edad de aquellos a quienes quiera adoptar.

El requisito de la honorabilidad o buena fama del adoptante es extremo que el Oficial Público ante quien la adopción debe ser homologada, debe verificar mediante información previamente recogida por él para autorizar el acto, porque no es posible poner al alcance de cualquier sujeto de reputación averiada crear una vinculación de familia sin exponer a dudas la suerte venidera del adoptado.
Tampoco debe extrañar que exijamos el domicilio y el arraigo en el Paraguay del adoptante, para evitar que a pretexto de adoptar vengan personas domiciliadas en el extranjero, sin documentación alguna acerca de su responsabilidad, a recibir por hijo adoptivo a menores menesterosos con la secreta intención de llevarlos a su país para destinarlos a un servicio servil, que nuestras autoridades no podrían impedir. Si tan infame comercio pudiese prosperar se desnaturalizaría este instituto que la legislación mundial pone al alcance de personas dotadas de sentimientos humanitarios de afección que, al decir de Bevilaqua, son del más puro quilate y permiten aumentar en la sociedad el capital de afecto y de bondad necesarios a su perfeccionamiento moral.
El requisito de los cincuenta años de edad sin prole legítima o legitimada es explicable, porque siendo la adopción un medio supletorio de obtener hijos y no un modo normal de constituir familia, no puede estar al alcance de personas que por razones de edad están llamadas a casarse para procrear hijos. Y la diferencia de edad de 18 años por lo menos en más de la edad del adoptado, mira a evitar que adoptándose a una niña, no pretenda el adoptante casarse con ella.
Ver: art. 291 C. italiano; 1744 C. alemán; 264 C. C. suizo (que exije sólo 20 años en el adoptante); 173 C. español (que exije 45 años en el adoptante y tener por lo menos 15 años más que el adoptado); 343 C. francés: 243 del C. uruguayo (como el español y 18 años más que el adoptado); 246 del C. venezolano (40 años adoptante y 18 años más del adoptado, y 15 si es mujer); art. 3º Ley argentina Nº 13.252 (no fija edad al adoptante, sino sólo que tenga 18 años más que el adoptado, el cual no puede ser objeto de adopción sino sólo hasta la edad de 18 años, art. 1º); 180 C. boliviano (50 años en el adoptante y será mayor en 15 años al adoptado); 368 y 369 C. brasileño; 1º y 3º de la Ley costarricense Nº 140 y Ley Nº 1536 (30 años del adoptante y más de 15 años del adoptado); 317 C. ecuatoriano (adoptante mayor de 30 años y menor de 60, con 20 años más que el adoptado); art. 3º Ley de la R. de El Salvador Nº 1973 (35 años del adoptante y 15 años mayor que el adoptado); 172 C. de Panamá (21 años del adoptante y 15 años mayor que el adoptado); 326 inc. 1º y 2º C. peruano (como nuestro art. 371); 1º de la Ley uruguaya Nº 10.674 (adoptantes mayores de 30 años y con 20 más que el adoptado); 156 Código del Niño del 6 de abril de 1934 (30 años del adoptante con más de 20 del adoptado); 475 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 367. — Si a las personas que creyendo reunir las condiciones personales exigidas por el artículo precedente le nacieren hijos o descendientes legítimos o ilegítimos con vocación a heredarles, antes de los ciento ochenta días posteriores a la homologación de la adopción que hubieren hecho, ésta será nula de pleno derecho.

No se trata esta vez de averiguar si el hijo o descendiente del adoptante es legítimo o no. Su nacimiento antes de los 180 días posteriores a la homologación de la adopción, evidenciaría que al tiempo de la adopción

tenía un heredero por nacer, el que aun estando concebido, era un ser humano, dotado de capacidad de derecho, a tenor del art. 1º de este Código, como si ya hubiera nacido, siquiera subordinada la revocabilidad de los derechos adquiridos antes de nacer, se subordine a la condición de que nazca sin vida. Tal es la decisión del art. 344 nuevo del C. francés, abonada por la doctrina de Demolombe, t. VI, Nº 17, pág. 13; Aubry y Rau, t. IX, pág. 556, nota 4, pág. 178, 5ª edición; Delvincourt, t. I, nota 5, pág. 2555; Toullier, t. I, Nº 986, pág. 258, 4ª edición; Duranton, t. III, pág. 267, 4ª edición; Zacharlae, t. I, parág. 175, nota 1, pág. 342, edic. 1854 con notas de Massé y Vergé; y Rouast, in Planiol y Ripert, t. II, Nº 1017, pág. 859. Ley argentina 13.252, art. 5º, inc. b); art. 3º inc. f) del Decreto Nº 1973 de la R. de El Salvador; 377 C. brasileño.

Art. 368. — El Juez en lo Civil del domicilio del adoptante ante quien se promuevan las gestiones de adopción, verificará, antes de proceder a la homologación del acto, si en verdad el adoptante suministró al adoptado, mientras era menor y durante seis años al menos, ayuda en dinero y alimentos y cuidados ininterrumpidos, de la misma manera que los parientes consanguíneos tienen el hábito de hacerlo, y si la adopción no es moral y económicamente perjudicial al adoptado.

No evidenciándose estos extremos, el Juez denegará la homologación de la adopción.

Ver: art. 267 inc. 2º C. C. suizo; el nuevo art. 343 del C. francés. La razón que se da de esta norma es la de evitar las adopciones de capricho y ofrecer, al mismo tiempo, al adoptado, una garantía de serle ventajosa la adopción. Explicando las dos condiciones del precepto, dice Rouast que "una adopción puede justificarse en razón de los cuidados prodigados por el adoptante al adoptado, y serle a éste desventajosa, al hacerle entrar en el seno de una familia pobre, o deshonrada en su nombre. Inversamente, una adopción puede ser ventajosa para el adoptado y no legitimarse por un justo motivo (ver autor y opus cits. t. II, Nº 1019, pág. 860).
Ver: art. 6º de la Ley argentina 13.252; 182 C. boliviano; y art. 2º de la Ley uruguaya Nº 10.674.

Art. 369. — Los célibes y los que se hallen en estado de viudez o separados de cuerpo por mutuo consentimiento o por sentencia judicial, sin voluntad de unirse, no podrán adoptar sino a persona de su mismo sexo.

El padre adoptante debe serlo de un varón; la madre adoptante, de una mujer.

Ver: art. 319 C. ecuatoriano; 174 C. C. de Panamá.

Art. 370. — La persona casada no puede adoptar ni ser adoptada sin el consentimiento de su cónyuge, expresado en escritura pública. El consentimiento no es necesario:

a) cuando medie separación voluntaria de cuerpo homologada por el Juez de su domicilio o declarada por sentencia definitiva de juez competente;

b) cuando el cónyuge ha sido sometido a interdicción; o declarado desaparecido con presunción de fallecimiento.

Ver: art. 1746 C. alemán; 266 e inc. 1º del 265 del C. C. suizo; 297 C. italiano; 344 derogado del C. francés y 347 del nuevo; 8º de la Ley argentina Nº 13.252; 181 C. boliviano; 370 C. brasileño; 2º de la ley costarricense Nº 140, reformada y derogada parcialmente por la Ley Nº 1536; 2º de la Ley chilena Nº 7.613; 3º inc. h) de la Ley Nº 1973 de El Salvador; 175 del C. C. de Panamá; art. 326 Incs. 4º y 8º del C. peruano; 1º parág. 3º ley uruguaya Nº 10.674; 158 inc. 2º Código del Niño del 6 de abril de 1934.

Art. 371. — Los hijos nacidos fuera de matrimonio no pueden ser adoptados por sus progenitores.

Ver: art. 293 C. italiano; 160 C. del Niño del 6 de abril de 1934.

Art. 372. — El tutor o curador no podrá adoptar a su pupilo antes de aprobadas las cuentas de su administración y pagado el saldo a su cargo.

Ver: art. 7º Ley argentina Nº 13.252; 371 C. brasileño; 2º Inc. 2º de la ley costarricense Nº 140 reformada por la Ley Nº 1536; 3º de la ley chilena Nº 7613; 318 C. Civil ecuatoriano; 4º de la ley salvadoreña Nº 1973; 176 del C. C. de Panamá; 330 C. peruano; 157 Código del Niño; 248 C. venezolano, y art. 477 - Inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 295 C. italiano.

Art. 373. — Cuando se intentare adoptar un incapaz, será necesario el consentimiento de sus padres. Si el incapaz se hallare sometido a tutela, deberá prestarlo el juez, oído el tutor y el Ministerio de Menores.

Ver: art. 477 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936; art. 9º Inc. b) de la ley argentina Nº 13.252; art.

184 C. de Bolivia; 372 C. brasileño; art. 4º Inc. 2º de la ley costarricense Nº 140 reformada por la Nº 1536; art. 6º de la Ley chilena Nº 7613; 322 C. ecuatoriano; art. 7º de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 177 C. C. de Panamá; 326 Incs. 6º y 7º C. peruano.

Art. 374. — Nadie puede tener varios hijos adoptivos a menos de ser todos adoptados en el mismo acto.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que los dos adoptantes sean marido y mujer.

Ver: art. 294 C. Italiano; 266 inc. 2º C. C. suizo; 370 C. brasileño; 4º de la Ley chilena Nº 7613; art. 5º de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 323 C. peruano; 158 C. del Niño; 250 C. venezolano.

Art. 375. — Si el adoptado es mayor de edad, se requerirá su consentimiento personal, sin cuyo requisito la adopción no valdrá.

Art. 296 C. italiano; 265 inc. 1º C. C. suizo; 1748 C. alemán; art. 4º Ley costarricense Nº 140 reformada por la ley Nº 1536; art. 5º de la Ley chilena Nº 7613; art. 3º inc. d) de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 164 C. del Niño; art. 251 C. venezolano.

Art. 376. — Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes y está bajo patria potestad o tutela, no podrá verificarse la adopción, sin que se inventaríen y tasen dichos bienes y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio de la persona de quien el presunto adoptado dependa. En su caso, se hará mención en la respectiva escritura de adopción, de haberse cumplido con dicho requisito.

Homologada la adopción, los bienes del adoptado pasarán durante su minoridad bajo la administración del adoptante, quien no tendrá el usufructo legal, pero podrá emplear sus rentas para los gastos de mantenimiento, educación e instrucción del menor, con la obligación de invertir el excedente en forma fructífera, con la diligencia del buen padre de familia y de responder por todo daño que le ocasione con violación de los propios deberes.

Ver: art. 18 de la Ley salvadoreña Nº 1973 y art. 301 inc. 4º y 302 del C. italiano; 178 del C. Civil de Panamá; 331 C. peruano; 10 de la Ley cóstarricense Nº 140 reformada por la Nº 1536.

Art. 377. — Las personas casadas que pretendan adoptar un menor huérfano que se encuentre sometido a la tutela del Estado en el Hogar del niño, lo manifestarán por escrito al Juez en lo Civil de su domicilio, con indicación del establecimiento donde el menor se halle colocado, su nombre y apellido, las circunstancias por las cuales desean adoptarlo y las relaciones que hayan mantenido con él.

Oído el Ministerio Pupilar, podrá el Juez entregar el menor por un período de prueba de duración no menor del fijado en el art. 368, transcurrido el cual y probados por los solicitantes los extremos de dicho precepto, con resultado favorable, el juez autorizará la adopción.

Ver: art. 53 y 54 del Estatuto venezolano de Menores.

Art. 378. — En el caso de confiarse un menor huérfano por un período de prueba a los esposos que quieran adoptarlo, deberán éstos presentar su pupilo al Defensor General de Menores a cada 180 días para que lo examine y reciba de los interesados la prueba de dar cumplimiento a lo preceptuado por el art. 368.

Si del examen así verificado resultare que los esposos interesados en la adopción omitieron el cumplimiento estricto de las obligaciones a su cargo, informará el Defensor General de Menores al Juez respectivo quien pondrá fin al período de prueba y dispondrá que el menor sea restituido al Hogar del Niño.

Art. 379. — La adopción produce sus efectos desde la fecha de la inscripción de la sentencia del Juez que la apruebe, en el Registro del Estado Civil. Mientras esta sentencia no se haya inscripto, tanto el adop-

tante como el adoptado podrán revocar su consentimiento. Una vez inscripta en el Registro, la legitimación adoptiva es irrevocable porque nazcan hijos legítimos al adoptante.

Si muriere el adoptante después de prestar su consentimiento y antes de que el Juez haya dictado sentencia, se podrá proceder a los actos necesarios para la adopción.

Los herederos del adoptante podrán formular ante el Juez su oposición fundada en justos motivos.

Si la adopción es admitida por el Juez, producirá sus efectos desde la muerte del adoptante, aunque la inscripción de la sentencia fuere posterior

---

Ver: art. 298 C. Italiano; arts. 10 y 11 de la Ley argentina Nº 13.252; art. 6º de la ley costarricense Nº 1; modificada por la Nº 1536; art. 13 de la ley chilena Nº 7613; art. 325 del Código ecuatoriano; 14 de la ley salvadoreña Nº 1973; art. 181 C. C. de Panamá; 255 C. venezolano.

Art. 380. — El parentesco resultante de la adopción es meramente civil y limitado al adoptante y al adoptado, salvo lo estatuido en el art. 142 incisos IV, V, VI y VIII respecto al impedimento para casarse.

El adoptado conserva todos los derechos y deberes respecto de su familia de origen, salvo las excepciones establecidas por la ley.

La adopción no determina ninguna relación civil entre el adoptante y la familia del adoptado ni entre éste y los parientes del adoptante, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Ver: sobre el parágrafo 1º, los arts. 336 y 376 C. brasileño; 12 de la ley argentina Nº 13.252; 14, 15 y 16 de la ley costarricense Nºs. 140 y 1536; arts. 14 y 15 de la ley chilena Nº 7.613; art. 326 y 327 del C. ecuatoriano; art. 2º, 15 y 16 de la ley salvadoreña Nº 1973; art. 181 C. C. de Panamá; arts. 332, a 335 C. peruano; 4º de la ley uruguaya Nº 10.674; arts. 165 a 168 del Código del Niño; art. 256 C. venezolano. Sobre los parágrafos 2º, y 3º, ver el art. 300 del C. Italiano.

ArAt. 381. — El adoptado toma el apellido del adoptante y lo agrega al suyo. El adoptado que sea hijo ilegítimo, no reconocido por sus propios progenitores, toma sólo el apellido del adoptante. El reconocimiento posterior a la adopción no hace asumir al adoptado el apellido del progenitor que le reconoció, salvo que la adopción sea posteriormente revocada.

Si la adopción se lleva a cabo por ambos cónyuges, el adoptado asume el apellido del marido.

Si la adopción se lleva a cabo por una mujer casada, la adoptada que no sea hija adoptiva del marido, llevará el apellido de la familia de ella.

Ver: art. 299 C. Italiano; 268 inc. 1º C. C. suizo; 1758 C. alemán; 13 de la ley argentina Nº 13.252; art. 63 C. boliviano; 14 inc. 2º de la ley costarricense Nº 140 reformada por la ley Nº 1536; 14 inc. 2º y 3º de la ley chilena Nº 7.613; art. 15 inc. 2º y 3º de la Ley salvadoreña Nº 1973; Art. 334 delC. peruano.

Art. 382. — La patria potestad sobre el adoptado corresponde al adoptante. Este tiene la obligación de mantener al adoptado, educarlo e instruirlo conforme con los principios de la moral.

Si la mujer casada adopta la hija de su marido, el ejercicio de la patria potestad corresponde a los dos.

Correlativamente el adoptado debe al adoptante obediencia y respeto.

Sobre los tres primeros parágrafos, ver los Item del art. 301 del C. Italiano; 268 inc. 2º C. C. suizo; 14 in fine de la ley argentina Nº 13.252; art. 378 in fine C. brasileño; 16 inc. 2º de la ley costarricense Nº 140 reformada por la Ley Nº 1536; art. 15 inc. 2º de la Ley chilena Nº 7.613; art. 326 inc. 1º in fine del C. ecuatoriano; 16 inc. 2º de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 181 C. C. de Panamá; 332 C. peruano; 4º de la Ley uruguaya Nº 10.674; art. 166 inc. 1º in fine del Código del Niño; 256 inc. 2º C. venezolano

Art. 383. — La transferencia de la patria potestad del progenitor del adoptado a su adoptante, no extingue los derechos y deberes que resultan del parentesco por consanguinidad.

En caso de muerte o interdicción del adoptante ocurrida durante la minoridad del adoptado, así como en el de desaparición con presunción de fallecimiento del adoptante en los términos del art. 41, y en cualquier otro caso en que termine o se suspenda la adopción, la patria potestad vuelve

de pleno derecho a quien le correspondería legalmente, de no haber existido la adopción.

Ver: sobre el parágrafo 1º: art. 14 de la Ley argentina Nº 13.252; art. 378 C. brasileño; 16 de las leyes costarricense Nºs. 140 y 1536; art. 15 parágrafo 1º de la Ley chilena Nº 7.613; art. 236 inc. 1º C. ecuatoriano; 16 inc. 1º de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 335 C. peruano; 166 inc. 1º Código del Niño; 256 parágrafo 1º C. venezolano.
sobre el parágrafo 2º ver: parágrafo 2º del art. 16 de las leyes costarricense Nºs. 140 y 1536; art. 184 C. de Panamá; art. 166 segundo parágrafo del C. del Niño; 256 inc. 3º C. venezolano. Por la antiguedad de las leyes, podría creerse que esta decisión procede del art. 729 del Código de Zurich, anterior a la codificación suiza, a la que Thalberg prestó su adhesión, según así nos informa Curti-Forrer en su nota 6 al art. 248 del C. C. suizo, donde expresa su parecer contrario. (ver autor y opus cit. pág. 221).

Art. 384. — Si cesa la patria potestad del adoptante, el Juez que aprobó la adopción, a instancia del adoptado, de sus parientes o afines o del Defensor General de Menores, o también de oficio, dictará las providencias oportunas acerca del cuidado de la persona del adoptado, de su representación y de la administración de sus bienes, y también si considera conveniente que el ejercicio de la patria potestad sea restituido a sus progenitores.

Cuando la adopción ha sido hecha por ambos cónyuges, el ejercicio de la patria potestad pasará a la mujer, si cesa la patria potestad del marido.

Ver: art. 303 C. italiano.

Art. 385. — Los derechos que confiere al padre adoptivo la adopción se suspenden y pierden por los mismos motivos que se suspende y pierde la patria potestad; pero en ambos casos subsistirá la obligación alimentaria del adoptante hacia el adoptado que fuere mayor de edad.

Ver: art. 23 de las leyes costarricense Nºs. 140 y 1536; art. 21 de la Ley chilena Nº 7.613; art. 32ª ecuatoriano; 21 de la Ley salvadoreña Nº 1973.

Art. 386. — La adopción no atribuye al adoptante ningún derecho en la sucesión **ab intestato** del adoptado, ni a éste en la de los parientes de aquél, ni por derecho propio, ni por derecho de representación.

Los derechos del adoptado en la sucesión del adoptante son regulados por las normas contenidas en el Libro IV de este Código. Sus descendientes legítimos tienen derecho de representación en la sucesión del adoptante.

Ver: art. 16 de la Ley argentina Nº 13.252; art. 1605 C. brasileño; 17 de las leyes costarricense Nº 140 y 1536; 24 Ley chilena Nº 7.613 (que por oposición a lo preceptuado por el art. 1605 del C. brasileño, sólo confiere al hijo adoptivo los derechos del hijo natural); 327 inc. 2º y 3º del C. ecuatoriano (que equipara el adoptivo al legítimo en la sucesión del adoptante); 24 de la ley salvadoreña Nº 1973; art. 182 del C. C. de Panamá (que equipara el adoptivo al hijo natural en la sucesión ab intestato del adoptante); 338 C. peruano; 167 inc. 3º Código del Niño (como derecho recíproco de sucesión **ab intestato**.

Art. 387. — La revocación de la adopción será pronunciada por el Juez que la aprobó, a petición del adoptante, cuando el adoptado haya atentado contra la vida de él o de su cónyuge, de sus descendientes o ascendientes, o bien si se hiciere culpable respecto de él de delito punible con pena de penitenciaría no inferior en el mínimo a tres años.

Si el adoptante falleciere a consecuencia del atentado, la revocación de la adopción podrá ser pedida por aquellos a los que se diferiría la herencia en defecto del adoptado o de sus descendientes.

Ver: art. 306 C. italiano; 269, parágrafo 2º C. C. suizo, si el adoptante tiene derecho a desheredar al adoptado por las causas del art. 477; art. 18 inciso a) de la Ley argentina Nº 13.252; art. 21 y 22 de las leyes costarricense Nºs. 140 y 1536; arts. 31 y 32 inc. 4) y 33 de la Ley chilena Nº 7.613; arts. 329 y 330 inc. 4º y 331 del C. ecuatoriano; 31, 32 inc. 4º y 33 de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 185 del C. C. de Panamá; 342 y 343 del C. peruano; 171 y 172 del Código del Niño; 259 del C. venezolano.
Distinto es el sistema alemán. El art. 1768 del Código del Imperio estatuye que: **"La vinculación jurídica creada por la adopción puede ser rescindida. La rescisión no puede ser condicional ni a plazo.**
"La rescisión se efectuará por contrato entre el adoptante, el adoptado y aquellos descendientes de éste a quienes se extiendan los efectos de la adopción.
"Si ambos cónyuges hubieren adoptado un hijo en común, o si el esposo hubiere adoptado un hijo del otro, se necesitará para la rescisión el concurso de ambos esposos".
Explicando Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, etc., los alcances de este precepto, enseñan que "la muerte del adoptante o del adoptado no es causa de ruptura y que el adoptante no puede demandar la rescisión fundado en que el adoptado se ha hecho culpable de un hecho que autoriza a retirarle la reserva.
"La rescisión —agregan— produce el efecto de hacerle perder al adoptado la condición de hijo legítimo

del adoptante, de poner fin a la patria potestad de este último, de suprimir la obligación alimentaria recíproca y de despojar al adoptado y á todos sus descendientes de todo derecho sucesorio en relación al adoptante. Los parientes consanguíneos no recobran la patria potestad paternal. Sólo revive su derecho y deber de cuidar de la persona del adoptado, a quien se le provee de un tutor. El impedimento para casarse desaparece" (ver autores cits. Code Civil Allemand, t. III, pág. 518).

Art. 388. — Cuando los hechos previstos en el artículo anterior hayan sido realizados por el adoptante contra el adoptado, o bien contra el cónyuge o los descendientes o los ascendientes de él, la revocación puede ser pronunciada en virtud de demanda del adoptado o, si éste es menor, a instancia del Ministerio Público. En este último caso podrá el juez dictar las providencias oportunas acerca del cuidado de la persona del menor, de su representación y de la administración de sus bienes, y también si considera necesario, que el ejercicio de la patria potestad vuelva a sus padres.

La revocación promovida por el Ministerio Público podrá fundarse en razones de buenas costumbres.

Ver: art. 307 y 308 C. Italiano; 269 parágrafo 2º del C. C. suizo; 18 inc. c) Ley argentina Nº 13.262; art. 330 inc. 4º C. ecuatoriano; 342 C. peruano; 171 C. del Niño; 259 C. venezolano.

Art. 389. — Los efectos de la adopción cesan desde la inscripción en el Registro del Estado Civil de la sentencia de revocación pasada en autoridad de cosa juzgada.

Sin embargo, si la revocación se pronuncia después de la muerte del adoptante por hecho imputable al adoptado, éste y sus descendientes quedarán excluidos de la sucesión del adoptante.

Ver: art. 309 C. Italiano.

Art. 390. — Los efectos de la adopción cesan:

1º por matrimonio entre las personas ligadas por vínculo de la adopción;

2º por legitimación del hijo adoptivo por parte del adoptante.

Ver: art. 310 C. italiano.

CAPITULO II

De las formas de la adopción

Art. 391. — Las personas interesadas en la formalización de una adopción presentarán solicitud escrita al Juez en lo Civil del domicilio del adoptante en la que expondrán haberla acordado sobre las bases de los preceptos de este Código, y pedirán audiencia con fijación de día y hora para expresar su consentimiento en acta labrada por el Secretario Actuario ante el Juez y las partes, las cuales serán:

a) el adoptante;

b) el adoptado, si fuere mayor de edad;

c) ambos padres, si los dos ejercieren la patria potestad sobre el adoptado, o uno solo si el otro no existiere, o no ejerciere la patria potestad;

d) el Defensor General de Menores si el adoptado fuere menor depositado bajo tutela del Estado en el Hogar del Niño, para que dé su consentimiento y vigile el cumplimiento de los requisitos legales;

e) el tutor, si el menor no estuviere en patria potestad, y si no lo hubiere, el Defensor General de Menores.

Ver: art: 311 C. Italiano; 353 antiguo del C. francés, hoy 360 (por el que se dé a las partes la elección de dos formas: el otorgamiento del acto ante el juez o ante notario); art. 7º de las leyes costarricense Nºs. 140 y 1536; art. 9 de la Ley argentina Nº 13.252; art. 5º de la Ley chilena Nº 7613; arts. 323 y 324 C. ecuatoriano; 6 y 7 de la Ley salvadoreña Nº 1973; arts. 179 y 180 C. C. de Panamá; art. 326 inc. 9º C. peruano; 2º de la Ley uruguaya Nº 10.674; art. 169 del Código del Niño; 252 del C. venezolano.

Art. 392. — Las partes, en las diligencias a que se refiere el artículo precedente, podrán hacerse representar en juicio por mandatario letrado munido de poder especial en que se especifiquen todas las circunstancias relativas a la adopción.

Abierta que sea la audiencia, el Juez verificará personalmente si las partes han probado o prometen probar todos los extremos legales a que se condiciona la aprobación judicial de la adopción, tales como el arraigo solvencia y honorabilidad notorias del adoptante; si la adopción aparece ventajosa para el adoptado, esto último si éste es menor de edad; si en este estado recibió del adoptante durante seis años al menos ayuda en dinero, alimentos y cuidados ininterrumpidos; si siendo casados adoptantes o adoptados, cuentan con el consentimiento de su cónyuge y demás requisitos legales de la adopción.

El Juez diligenciará las pruebas ofrecidas y decretará además las que considere convenientes, pudiendo además interrogar a los solicitantes conjunta o separadamente, y al menor en forma tal que no revele su situación. El término de prueba no excederá de 20 días perentorios.

Si siendo mayor de edad el adoptado y estimare el Juez evidenciados todos los extremos a que se subordina la adopción, podrá decretar su homologación por acta labrada ante él y su Secretario Actuario, y dispondrá su inscripción en el Libro de Adoptados, que se habilitará bajo la Dirección del Registro del Estado Civil.

Si abierta la causa a prueba, venciere el término legal de 20 días perentorios, y el adoptado fuere menor de edad, oirá al Defensor General de Menores; hecho lo cual decidirá con arreglo a las pruebas rendidas por las partes y las disposiciones precedentes.

Si la decisión recaida en este caso fuere aprobatoria de la adopción, mandará el Juez que se la homologue en acta labrada ante él y su Secretario actuario y dispondrá que de ella se tome razón en el Libro de Adoptados.

Si la resolución fuere denegatoria, será apelable en ambos efectos ante la Cámara de Apelación en lo Civil.

En segunda instancia podrán disponerse también las mismas medidas preindicadas.

En estos juicios se actuará en papel común y no se causarán costas.

Ver: art. 2º de la Ley uruguaya Nº 10.674; arts. 312 a 314 C. Italiano; art. 9º incs. c), d) y e) de la Ley argentina Nº 13.252; art. 5º inc. 2º y 3º de la Ley chilena Nº 7613; 253 del C. venezolano.

Art. 393. — Si la sentencia del juez fuere aprobatoria de la adopción el director del Registro del Estado Civil dispondrá que el adoptado sea inscripto como hijo legítimo del adoptante.

En la partida correspondiente no se hará mención alguna del juicio, y su texto será el corriente en dichos instrumentos.

El testimonio de la sentencia se archivará en forma, dejándose al pie de él constancia de haberse efectuado la inscripción mencionada.

Realizada ésta, caducará el asiento de la filiación consanguínea del adoptado en todos sus efectos, con excepción de los impedimentos de los incisos IV a VII del art. 142.

Ver: art. 3º de la Ley uruguaya Nº 10.674.

Art. 394. — Cuando el menor tuviere título justificativo de propiedad inmueble, de constitución de derechos reales a su favor o acciones nominativas de sociedades anónimas, el Juez dispondrá que el Actuario inserte al pie de ellos constancia breve del cambio de nombre del titular, y mandará que de este cambio se tome razón en el Registro respectivo.

Ver: art. 7º de la Ley uruguaya Nº 10.674.

Art. 395. — El tiempo anterior a la vigencia del presente Código podrá ser invocado a los efectos del art. 368.

Ver: art. 8º de la Ley uruguaya Nº 10.674.

Art. 396. — Muriendo el adoptado sin descendencia, vuelven al adoptante que le sobrevive, los bienes existentes en especie que de éste haya recibido, salvo los derechos de terceros de buena fe. Tratándose de bienes raíces, para la cancelación de las respectivas inscripciones y la nueva inscripción en el Registro de la Propiedad, de los inmuebles que regresan al adoptante, deberá éste presentarse al juez de la sucesión para que ordene la cancelación que corresponde y la nueva inscripción de aquellos bienes raíces. Lo mismo se hará si el bien de que se trata es un derecho real constituido sobre bienes de terceros.

Ver: art. 33 inc. 2º de la Ley salvadoreña Nº 1973; art. 339 C. peruano.

Art. 397. — Toda asignación testamentaria hecha por el adoptante al hijo adoptivo se entenderá efectuada bajo la condición precisa de que éste conserve su calidad de tal al diferírsele la asignación, a menos que el testador haya dispuesto otra cosa.

Ver: art. 25 de la Ley salvadoreña Nº 1973.

Art. 398. — La adopción puede terminar por las siguientes causas:

1º por la voluntad del adoptante y del adoptado mayor de edad, manifestada de común acuerdo en escritura pública; y

2º por los motivos por los que se puede privar de la patria potestad al adoptante, de acuerdo con las disposiciones generales de este Código.

Ver: art. 330 incs. 1º y 3º del C. ecuatoriano; art. 32 de la Ley chilena Nº 7613.

Art. 399. — La escritura pública de rescisión de la adopción y la sentencia judicial que prive de la patria potestad del adoptante, deberán anotarse al margen de la inscripción a que se refiere el art. 393.

Ver: art. 34 de la Ley chilena Nº 7613.

TITULO IV

CAPITULO UNICO

Del parentesco y de la prestación de alimentos

Art. 400. — El parentesco es la relación agnaticia existente entre dos personas de las cuales la una desciende de la otra, como el hijo del padre, el nieto del abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos.

La relación parental nacida de la adopción es agnaticia, sólo fundada en la patria potestad y limitada en los términos del art. 380. La afinidad es el vínculo civil entre una persona casada y los consanguíneos de su cónyuge.

Viniendo estas nociones del Derecho romano en su larga evolución hasta el Derecho moderno, juzgamos propio de su definición distinguir el parentesco carnal o de sangre, al cual los romanos llamaban **cognatio**, del parentesco sólo fundado en la patria potestad, que vincula al adoptado con el adoptante, y al cual los romanos llamaban **agnatio**. Concebida la familia del Derecho clásico como "un grupo de personas sometidas, por la naturaleza o por un acto jurídico, a la potestad de un solo jefe", no comprendía sino a los agnados y a las personas asimiladas. Estaban excluídas de ella los que descendían por la línea materna, los cuales pertenecían a la familia de su padre, y los hijos que en vida de su jefe salían de la casa por **capitis deminutio**. En cambio, hacían parte de la familia agnaticia los asimilados a la calidad de hijos legítimos, por adopción y las mujeres in manu. La agnación confería derechos hereditarios. Mas, como enseña Cuq, a medida que el carácter artificial de la familia agnaticia apareció más claramente al espíritu de los romanos, sus derechos parecieron menos justifica" e. El edicto del pretor y las constituciones imperiales excluyeron a los agnados

en presencia de ciertos cognados, que son los que descienden de un autor común, sea por el matrimonio o fuera de él, y los afines, o personas vinculadas por el matrimonio entre cada uno de los esposos y los parientes del otro. (ver Cuq, Institutions Juridiques des Romains, t. II, pág. 78 y ss.; Girard, Manuel Elementaire de Droit Romain, pág. 143 y 145; Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano, pág. 168; Namur, Cours D'Institutes, t. I, parág. 47, pág. 65 y ss.; Mackeldey, Elementos del Derecho Romano, parágrafo 131 pág. 84; Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, pág. 55; Perozzi, Istituzioni de Diritto Romano, t. I, paráq 37, pág. 311 y parágrafo 38, pág. 313, 2ª. edición; Arangio Ruiz, Instituciones de Derecho Romano, pág. 479 y 483; Maynz, Cours de Droit Romain, t. I, parágrafo 15, pág. 406; Jors y Kunkel, Derecho Privado Romano, paráq. 38 y 39. pág. 93; Kipp y Wolff, Derecho de Familia, t. II, paráq. 96, pág. 219).

Art. 401. — Son parientes legítimos:

1.—Por consanguinidad en línea recta, los ascendientes y descendientes entre ellos, y en línea colateral hasta el sexto grado, los que sin hallarse en el caso anterior, proceden de un tronco común, sin descender unos de otros.

2.—Por afinidad, los consanguíneos de uno de los esposos, respecto del otro.

3.—Por disposición de la ley, el adoptado en relación a sólo el adoptante, en calidad de hijo legítimo.

Ver: Art. 822 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni; 481 del Proyecto argentino de 1936; 330; 331 y 334 C. brasileño; 1589 y 1590 C. alemán; art. 20 C. C. suizo; 1969 C. portugués; arts. 915 a 919 C. español; 885 a 888 C. de Luisiana; 735 a 738 C. francés; 74 a 78 C. italiano; 1015 y 1016 C. uruguayo; 983 C. chileno; 1040 reformado del C. Colombiano; 37 a 40 C. venezolano; 293 a 298 C. peruano; 1044 C ecuatoriano; 292 a 300 C. mexicano, 137 a 1444 C. guatemalteco; 1001 C. nicaraguense; 960 C. hondureño; y arts. 345 a 351 C. argentino, que dado su carácter doctrinal, pueden omitirse. Bien dice Bibiloni a este propósito que "Es necesario entrar en las explicaciones y ejemplos que contienen los artículos substituídos SI los grados se cuentan por las generaciones que causan el parentesco, es claro que en línea recta hay tantos como nacimientos, y en la colateral ocurre lo mismo. Siempre es la suma de las generaciones que median entre las personas y de que resulta su parentesco. Tampoco es menester decir cuál es la primera línea colateral, o quiénes son hermanos paternos, o maternos o unilaterales; porque eso lo explica el lenguaje común, y la ley no tiene por qué definirlo. Por fin, también el lenguaje ordinario explica quiénes son parientes legítimos. SI se definen por la ley quiénes son ilegítimos, es tanto para declarar que hay parentesco entre ellos, como para aislarlos de la familia legítima.
"El art. 364 es inútil, desde que por definición la afinidad sólo existe entre los parientes de un esposo y el otro cónyuge" (ver autor y opus cits. t. I, pág. 355, edición Kraft).

Art. 402. — El parentesco es legítimo o ilegítimo, según que proceda o no de matrimonio; carnal o civil, según que resulte de consanguinidad, o de adopción. Los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia legítima, sin perjuicio de su derecho a heredar a los consanguíneos del progenitor que los reconoció.

Ver art. 332 C. brasileño, cuya redacción, preferimos, siquiera substituyendo la palabra "natural" por "carnal", por evitar equívocos acerca de la primera. El último parágrafo reproduce el inc. 1º del 365 del C. argent. lo trasladado por Bibiloni al in fine del art. 824 de la primera redacción de su Anteproyecto y por la Comisióón argentina de reformas del Código al 483 de su Proyecto, con la modificación impuesta por lo preceptuado por el art. 3305.

Art. 403. — Cada cónyuge es afin de los parientes del otro por el vínculo de afinidad, la que en la línea recta, no se extingue por la disolución del matrimonio que la originó.

Resumimos en un solo precepto los arts. 334 y 335 del C. brasileño, análogos por substancia con lo preceptuado por el art. 363 del C. argentino, el 823 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 482 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 404. — La línea y el grado de la afinidad se determina según la línea y el grado del parentesco que la produce.

El parentesco por afinidad no induce parentesco alguno para los parientes consanguíneos de uno de los cónyuges en relación a los parientes consanguíneos del otro cónyuge.

El parágrafo primero de este artículo es mera abreviación del art. 363 del C. argentino, tal como Bibiloni lo resumió en el art. 823 de su Anteproyecto.
El parágrafo 2º es reproducción del art. 364 del C. argentino.

Art. 405. — La prestación de alimentos que el parentesco impone, se ajustará a las reglas que siguen:

1º) Comprenderá, en la medida adecuada de quien la reciba, lo necesario para la subsistencia, habitación y vestido, como también lo indispensable para asistirle en sus enfermedades.

Tratándose de persona en edad de ser educada, comprenderá los gastos que ello demande, así como los de prepararla para una profesión honesta.

2º) Quien la solicitare deberá probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuere la causa que le hubiere reducido a tal estado.

3º) Estarán obligados recíprocamente y en el orden que sigue:

a) Los padres y los hijos legítimos.

b) Los abuelos, y en su defecto, los ascendientes más próximos, respecto de sus descendientes.

c) Los hermanos legítimos.

Cuando existieren cónyuges, ellos estarán obligados en primer término.

4º) Los descendientes la deberán antes que los ascendientes. La obligación de aquéllos se determinará según el orden de las sucesiones, proporcionalmente a sus cuotas hereditarias.

Entre ascendientes, los más próximos estarán obligados antes que los más lejanos, y los del mismo grado, por iguales partes.

5º) Los hijos legítimos la deben al padre y a la madre, y éstos a los primeros, así como a los descendientes legítimos de los mismos. Los hijos ilegítimos, cuando existen hijos legítimos de sus padres, concurren con ellos proporcionalmente a sus cuotas hereditarias respectivas.

6º) Entre los parientes por afinidad, únicamente se deben alimentos el suegro y la suegra, y el yerno y la nuera.

7º) Existiendo varios alimentistas y el obligado no se hallare en situación de atenderlos, pasará en todo o en parte a los otros parientes, según lo dispuesto en el inc. 3º. No deberá alimentos el que tenidas en cuenta sus otras cargas, no podría suministrarlos sin poner en peligro su propio sostenimiento, según su condición.

8º) Deberá cumplirse con el pago de una renta en dinero. El obligado podrá proponer otra manera de prestarlos, cuando motivos particulares así lo justifiquen.

No se busque novedad alguna en este y en los demás preceptos del presente Título, todos ellos inspirados en los arts. 367 a 376 del C. argentino, siquiera pulidos en su elocución y ordenación, como puede verse al comparar:

Su inciso 1º con los arts, 372 del Código argentino, 832 del Anteproyecto de Bibiloni y 484 inc. 1º del Proyecto de 1936.

Su inc. 2º con el 370 del Código, 833 de Bibiloni inc. 2º del 484 del Proyecto.

Su inc. 3º con el 367 del Código, 825 de Bibiloni e inc. 3º del 484 del Proyecto.

Sólo su inc. 4º no tiene antecedente en el Código de Vélez. Sólo lo tiene en el art. 830 de Bibiloni e inc 4º del Proyecto.

Su inc. 5º con el 369 del Código, 827 de Bibiloni, inc. 5º del 484 del Proyecto.

Su inc. 6º sin antecedente en el Código, pero sí en el 831 de Bibiloni y en el inc. 7º del 484 del Proyecto

Su inc. 8º también sin antecedentes en el Código, pero sí en el 837 de Bibiloni y el inc. 8º del art. 484 del Proyecto de la Comisión.

Al trasladar aquí este precepto del Proyecto argentino de 1936, lo hacemos con la convicción de aportar una visible mejora en el estilo del Código, resentido de frondosidad en su forma y de dispersión en su sistema No tenemos por qué desdeñar esta obra legislativa, fruto de largos estudios de la Comisión argentina de reformas del Código, además de la ingente aportación doctrinal de Bibiloni, que nos permite respetar la tradición y dar al mismo tiempo un paso adelante en la sistematización de nuestra ley civil.

Art. 406. — Podrá alterarse el orden establecido en el artículo anterior inc. 3º, si alguno de los enumerados careciera de medios suficientes para prestar los alimentos, o cuando existiere grave dificultad para demandar a cualquiera de ellos.

Sin antecedente en el Código de Vélez. Viene del art. 837 de Bibiloni y del art. 485 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 407. — Quien prestare o hubiere prestado alimentos, voluntariamente o por decisión judicial, no podrá repetirlos en todo o en parte de los otros parientes, aunque éstos se encontraren en el mismo grado y condición con él.

Ver: 371 del Código; 834 de Bibiloni y 486 del Proyecto de 1936.

Art. 408. — La obligación de alimentos no puede ser compensada, ni ser objeto de transacción. El derecho a reclamarlos no será susceptible de renuncia ni de cesión, ni materia de gravamen o embargo alguno.

Ver: 374 del Código; 836 de Bibiloni y 487 del Proyecto de 1936.

Art. 409. — El trámite para solicitar alimentos será sumario y no se acumulará a ningún otro juicio. Desde el principio de la causa o en el curso de ella, podrá el juez decretar su prestación provisional y el pago de la litis expensas, una vez justificada la falta absoluta de medios para seguirlo.

El mismo procedimiento se aplicará para los casos de cesación, pudiéndo el juez suspender en forma transitoria el pago de las cuotas.

En igual forma podrá ser alterada la pensión, cuando los medios del deudor o las necesidades del alimentista hubieren variado.

Ver: 375 del Código; 839 de Bibiloni y 488 del Proyecto de 1936.

Art. 410. — No se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo, contra la sentencia que decrete la prestación de alimentos, ni podrá el alimentista ser obligado a dar garantía de restituir lo recibido, en caso de ser aquélla revocada o modificada.

Ver: 376 Código argentino; 840 de Bibiloni y 489 Proyectó de 1936.

Art. 411. — Cesará la obligación:

1º) Si fuere a favor de hijos menores legítimos o ilegítimos cuando éstos se casaren sin la venia correspondiente, o cuando dejaren la casa de los padres sin autorización de éstos.

2º) Si quien recibe los alimentos cometiera algún acto que lo tornare indigno de heredar al que los presta.

3º) Por la muerte del obligado o del alimentista. La obligación subsistirá para las prestaciones no cumplidas, y en caso de muerte del que las recibe, se extenderá al pago de los gastos de su inhumación, si éstos no pudieren obtenerse de los herederos.

4º) Cuando hubieren desaparecido las causas que la determinaron.

Ver: sobre los incs. 1º y 2º los arts. 373 del Código; 835 de Bibiloni; e inc. 1º del art. 490 del Proyecto de 1936. Sobre el Inc. 3º —sin antecedente en el Código— el 838 de Bibiloni e inc. 3º del 490 del Proyecto de 1936. Sobre el Inc. 4º —sin antecedente en el Código— el 841 de Bibiloni e inc. 4º del art. 490 del Proyecto de 1936

TITULO V

DE LA PROTECCION DE LOS INCAPACES

CAPITULO UNICO

De la patria potestad

Art. 412. — Este Código confía al padre y a la madre, legítimos, ilegítimos o adoptivos, el encargo de prestar conjuntamente durante su unión su ayuda afectuosa a sus hijos menores de edad, no emancipados; traducida en la dación ininterrumpida de alimentos, alojamiento, vestido, educación, asistencia en las enfermedades, y les faculta a corregirlos paternalmente en los desvíos de su conducta, con mira a hacer de ellos elementos útiles a la sociedad.

Incumbe igualmente al padre y madre unidos la administración de los

bienes de sus hijos menores. Su disenso será, en cada caso, resuelto por el Juez de su domicilio. En caso de muerte de uno de los cónyuges, será de cargo del supérstite el ejercicio de la patria potestad.

Abandonamos la clásica definición de la patria potestad de casi todos los códigos modernos: arts. 264 C. argentino; 264 modificado por la Ley argentina Nº 10.903; arts. 372 a 384 (y Ley francesa del 2 de julio de 1907); 154 C. español; 234 a 253 C. de Luisiana; 316 C. italiano; 1626, 1627 C. alemán; 273 C. suizo; 252 C. uruguayo; 240 C. chileno; art. 13 de la Ley colombiana Nº 45 de 1936; 258 C. ecuatoriano; 261 C. venezolano; 390 C. peruano; 413 C. mexicano; 183 del C. guatemalteco; 189 C. boliviano; 219 C. hondureño; 244 C. nicaragüense; 379 C. brasileño, etc.; y art. 842 de la primera redacción del Anteproyecto de Bibiloni y 491 del Proyecto argentino de 1936.
Con algunas variantes, casi todos estos Códigos se inspiran en la tradicional concepción de la patria potestad, como "conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre la persona y bienes de los hijos menores no emancipados", cuando de lo que se trata es de la regulación de un instituto que, lejos de evocar la idea del poder del padre, como si se tratara de un derecho subjetivo, sugiere la idea de la indefensión y desvalimiento del incapaz de obrar y la necesidad correlativa de tutelarle por la protección de sus progenitores, socialmente obligados a ampararle. Siendo así, como lo es, se comprenderá que al cabo de los dos mil años de la cultura de Occidente, el Jus vitae et necis que el antiguo Derecho romano confirió al padre de familia sobre sus hijos, con el carácter de dominio pleno y absoluto, análogo a la propiedad, sobre su progenie, sea hoy una obligación de interés social, no a cargo exclusivo del padre, sino también de la madre, para que durante su unión la cumplan de común acuerdo por la prestación ininterrumpida de su asistencia afectuosa al hijo en tanto dure su minoridad, o hasta su emancipación.
Explícase así que viniendo Savatier a tratar de esta materia diga que:
"La patria potestad es el ámbito en que la sociedad abdica sus derechos en manos del padre y de la madre, considerados como jueces infalibles del interés del hijo en particular, y de la familia en general. Es el interés de la familia el que los parientes representan: en su persona la ley protege la autonomía que, en la sociedad, debe corresponder a la familia que dirigen" (ver autor cit. in Planiol y Ripert, t. I, Les personnes Nº 299, 349).

Art. 413. — Correlativamente debe el hijo, cualquiera sea su edad, respetar y obedecer a su padre y madre y cumplir durante su menor edad sus prescripciones, en todo lo que no fuere inmoral o ilícito. Aun emancipado, está obligado el hijo a cuidar y a proveer a las necesidades de sus progenitores, en todas las circunstancias de la vida. Tienen derecho a los mismos cuidados y auxilios los demás ascendientes consanguíneos.

Ver: art. 371 C. francés; 266 C. argentino; 142 C. portugués; 233 C. de Luisiana; 315 C. italiano; 275 parág. 1º C. C. suizo; 261 parág. 1º C. venezolano; 397 C. peruano; 411 C. mexicano; 186 C. guatemalteco; 219 a 221 hondureño.
Los demás Códigos omiten toda referencia al deber correlativo del hijo respecto de sus progenitores, como si sólo éstos han de ser cargados de obligaciones a su favor sin compensación equitativa alguna. A llenar este vacío mira el presente artículo.

Art. 414. — Es derecho y deber de padre y madre ejercer unidos durante el matrimonio respecto de terceros la representación de sus hijos menores para la defensa de sus derechos personales y patrimoniales, dentro y fuera de juicio, por sí o por mandatario munido de poder especial. A estos efectos, los esposos con igual capacidad civil, acordarán cuál de ambos actuará en primer término y cuál en segundo, procurando, de mutuo acuerdo, conferir este cometido preferentemente al padre y en su defecto a la madre. Su disenso será resuelto sumariamente por el Juez.

Los códigos estructurados sobre la base de la desigualdad civil de los sexos en el matrimonio, como el argentino, confieren la representación legal de los hijos menores de edad, al padre, como si la madre fuera o pudiera ser una invitada de piedra en lo atinente al gobierno de la familia, incluso la representación de sus hijos.
Inspirado el presente Código en la igualdad civil de la mujer casada mayor de edad con su marido, no podría menos que estatuir, como está preceptuado en el presente artículo, dejando, al afectuoso entendimiento de padre y madre el ejercicio actual y presente de la representación de los hijos menores al padre, en primer lugar y a la madre subsidiariamente sin perjuicio de que, no aviniéndose a un acuerdo, se remitan a la decisión del juez, lo cual será, sin duda, excepcional.
En los matrimonios bien avenidos, la regla es que la esposa, dotada por la naturaleza de instinto maternal y de respetuosa consideración a su marido, ceda a éste primacía en el gobierno de la familia, y especialmente en su representación respecto de terceros, como Primus inter pares. Odioso sería que proclamándose como por el art. XX del Título Preliminar de este Código se estatuye, la igual capacidad de goce y ejercicio del hombre y la mujer, se subvierta este principio y reduzca la capacidad civil de la mujer casada en aras del sexo del hombre, como si la justicia cifrada en la equidad de la ley pudiera hacerse trayendo sus principios al lecho de Procusto.

Art. 415. — El hijo adulto podrá comparecer en juicio con la autorización de su padre y madre. Si la negativa de éstos constituyera ejercicio abusivo de su derecho, podrá el menor impetrar la venia del juez, quien oídas las razones del interesado y el dictamen del Defensor General de Menores, decidirá lo que corresponda en derecho.

No será menester la venia de los progenitores cuando el menor fuera demandado criminalmente o por reconocimiento de su paternidad natural.

Ver: arts. 281, 282 y 286 C. argentino; 856 del Anteproyecto de Bibiloni y 497 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 416. — Se presume que los hijos adultos que ejercen cualquier empleo público, profesión, comercio o industria independiente, están autorizados por sus progenitores para otorgar todos los actos y concertar todos los contratos concernientes a su actividad y patrimonio, así como para estar en juicio en defensa de sus intereses.

Las obligaciones que en tales condiciones asumiere o fueren consecuencia de su desempeño, no afectarán los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, correspondiere a su padre y madre.

Ver: art. 283 C. argentino; 855 del Anteproyecto de Bibiloni y 498 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 417. — Faltando los padres a la obligación de cuidar y sostener a sus hijos, podrán éstos, si fueren adultos, denunciarlos al Defensor General de Menores, quien, haciéndoles proveer de un tutor especial, autorizará que se los demande por prestación de alimentos y demás recursos indispensables a su subsistencia, según la condición social y fortuna de aquéllos. Si fueren menores impúberes, el Ministerio Pupilar procederá de oficio. Si el menor ausente de la casa paterna careciere de recursos para subvenir a su alimentación, vestido y alojamiento, y no pudiera recibirlos con la urgencia debida, de sus padres, se juzgará que los suministros que recibieren de terceros fueron autorizados por ellos.

Los menores ausentes del hogar con licencia de sus padres, o en país extranjero, o en lugar remoto dentro de la República, que tuvieren urgencia de recibir recursos para su subsistencia, podrán ser autorizados por el Cónsul paraguayo o el juez nacional del lugar de su actual residencia, para contraer, por cuenta de sus padres, las deudas indispensables.

Ver: Sobre el parágrafo primero: arts. 272 y 285 C. argentino; 851 de Bibiloni; y parág. 1º del art. 495 del Proyecto de 1936.
Sobre el parág. 2º: 269 Código argentino; 850 de Bibiloni; y parág. 2º del art. 495 del Proyecto de 1936.
Sobre el parág. 3º el art. 284 del Código; 851 de Bibiloni y parág. 3º del art. 495 del Proyecto de 1936.

Art. 418. — Los hijos menores de edad no podrán dejar la casa paterna, o el establecimiento en que sus padres les hubieren colocado, ni siendo adultos enrolarse voluntariamente en servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni obligar de otra manera su persona, ni ejercer oficio, profesión o industria independiente, sin licencia de sus progenitores. La violación de esta prohibición, aparejará la nulidad del acto, y además podrán los padres exigir que las autoridades públicas les presten la asistencia necesaria para reintegrar los menores a su poder, y acusar criminalmente a los seductores de sus hijos, así como a las personas que los retuvieren.

Ver: art. 275 C. argentino; 847 de Bibiloni y 496 Proyecto de 1936.

Art. 419. — Quedan excluídos de la administración legal de los padres:

1º Los bienes de cuya administración fueren excluídos por sentencia de juez.

2º Los bienes que el hijo adquiera por causa de muerte o por donación, cuando el testador o el donante ha dispuesto que la administración de dichos bienes no sea desempeñada por los padres. En este caso, éstos no tendrán el sufructo, salvo disposición en contrario del autor de la liberalidad.

Ver: arts. 289, 290 y 294 C. argentino; 842 de Bibiloni: y 500 del Proyecto de 1936.

Art. 420. — Necesitan los padres autorización judicial:

1º Para disponer de los inmuebles de sus hijos menores y gravarlos con derechos reales, salvo el caso de enajenación forzosa.

2º Para gravar de prenda los muebles, sean ciertos y determinados, o fungibles, como los granos de una cosecha, salvo los consumibles comprendidos en el usufructo.

3º Para enajenar los ganados que formen los establecimientos rurales, excepto aquellos de que pudieran disponer los usufructuarios de rebaños.

4º Para transferir títulos de rentas.

5º Para provocar la división de condominio o herencias, aunque en ellos tuvieren parte los padres. El juez no la concederá si hubiere perjuicio posible para el incapaz o si el donante o testador la hubiere prohibido por el tiempo fijado por la ley.

Sobre el parág. 1º ver: 297 C. argentino y 502 inc. 1º Proyecto de 1936.
Sobre el ic. 2º ver: 297 Código; 871 Bibiloni, e inc. 2º del art. 501 del Proyecto de 1936.
Sobre el inc. 3º ver: 298 Código; 501 inc. 3º Proyecto de 1936.
Sobre el inc. 4º ver: 297 Código e inc. 4º del 501 del Proyecto de 1936.
Sobre el inc. 5º ver: 297 in fine Código e inc. 5º del 501 del Proyecto de 1936.
Sobre todo el precepto; ver art. 320 C. italiano; 267 C. venezolano; 413 C. peruano; 386 C. brasileño; 150 C. portugués; 271 del C. uruguayo; 436 C. mexicano; 19 C. guatemalteco; 255 y 256 C. chileno; 303 y 305 C colombiano; 273 y 274 C. ecuatoriano; 257 y 258 C. hondureño; 251 C. nicaraguense; y arts. 1641, 1642 · 1643 C. alemán, concordantes con los arts. 1821 y 1822 del mismo cuerpo legal.
Como se ve la regla de nuestro art. 420 es, punto menos, que de derecho uniforme en toda América.
No trasladamos a este precepto el in fine del art. 501 del Proyecto argentino de 1936, según el cual: "Los actos de enajenación a que se refieren los incisos precedentes, deberáán realizarse en remate público, sin que sea menester el previo avalúo", porque si esta exigencia es propia del estatuto regulador de la tutela, no lo es ni puede serlo del de la patria potestad. Así es cómo el art. 386 del C. brasileño dispensa la venta de las bienes de los menores bajo patria potestad de la formalidad de la subasta pública que el art. 441 del C. argentino preceptúa respecto de esos mismos bienes bajo tutela. El art. 386 del C. brasileño sólo condiciona la venta de los bienes de los menores bajo patria potestad a la autorización del juez. Grande es la diferencia entre los padres de un menor y su eventual tutor. Bien dice Bevilaqua a este propósito que: "el padre tiene para guiarse el amor, su dedicación a la prole, a cuyos intereses sacrifica su propia existencia en el trabajo cotidiano, preñado de preocupaciones constantes. Su deber, en relación al bien material y moral del hijo, le es impuesto por la fuerza poderosa de condiciones históricas, y por la presión del medio social. El tutor es un extraño; debe ser honesto y dedicado al pupilo, pero la ley debe precaver, más cuidadosamente, los bienes del incapaz entregados a la gestión de un extraño, de los entregados a la administración del padre". (ver autor y opus cits. t II, pág. 363).

Art. 421. — Los actos de los padres contra lo dispuesto en el artículo anterior, son nulos y no producen, en consecuencia, efecto legal alguno.

Ver: art. 299 C. argentino; 501 in fine del Proyecto argentino de 1936; 253 C. nicaraguense; 386 C. brasileño; 150 C. portugués; 255 C. chileno; 271 C. uruguayo; 436 C. mexicano; 267 del C. venezolano; 413 C. peruano; 133 C. costarricense; 198 C. guatemalteco; 303 C. colombiano; 273 C. ecuatoriano; 320 C. italiano.

Art. 422. — Es prohibido a los padres, aun con autorización judicial:

1º Celebrar contrato alguno con sus hijos menores sometidos a su patria potestad.

2º Comprar por sí o por interpósita persona, muebles o inmuebles de su pertenencia, aunque sea en subasta pública, ni venderles sus bienes propios, a menos que medie copropiedad entre ambos.

3º Constituirse en cesionarios de sus créditos, derechos o acciones.

4º Hacer remisión de los derechos y acciones de aquéllos.

5º Transferir derechos reales de sus hijos menores sobre bienes ajenos.

6º Obligarles como fiadores o avalistas.

Ver: Sobre el inc. 1º el art. 279 C. Civil; 853 de Bibiloni y art. 502 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936. Limitada la prohibición a sólo los contratos, quedan fuera de ella los actos jurídicos que no sean contratos, como la adjudicación resultante de una partición hereditaria, por la cual la madre del menor resulta deudora de él; o una liberalidad hecha por el padre en favor del hijo; o cualquier otro acto del que no se infiera una contradicción de intereses entre ambas partes. Mas por el art. 12 del C. de Comercio se admite que los hijos mayores de 18 años puedan ajustar una sociedad mercantil con sus padres (ver Busso, t. II, Nºs. 13 a 21, pág. 596 y ss.).
Sobre los incisos siguientes, ver: el art. 297 del Código Civil; y 502 incs. 2º a 6º Proyecto argentino de 1936; 271 C. uruguayo; 255 y 256 C. chileno; 303 y 304 C. colombiano; 273 y 274 C. ecuatoriano; 267 C. venezolano; 413 C. peruano; 436 C. mexicano; 133 C. costarricense; 198 y 199 C. guatemalteco; 257 y 258 C. hondureño; 251 y 252 C. nicaraguense; 323 C. italiano.

Art. 423. — Los padres no pueden dar en locación los servicios de sus hijos mayores de catorce años, ni colocarlos en aprendizaje de algún oficio, arte o profesión, sin consentimiento de ellos.

Ver: art. 280 C. argentino; 853 de Bibiloni y 503 Proyecto argentino de 1936.

Art. 424. — En los tres meses siguientes al fallecimiento del padre, o de la madre, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes dejados por su muerte, cualquiera sea el régimen patrimonial por el cual hubieren optado, y determinar en él los que correspondan a los hijos, so pena de perder su derecho al usufructo de sus hijos menores.

También se aplicará esta regla cuando el padre o la madre entrare en posesión de los bienes legados o donados al menor.

Estas obligaciones incumben por igual a los progenitores naturales que habiendo reconocido al menor, pretendieren el usufructo de los bienes que les corresponda.

Ver: arts. 296 C. argentina; 870 de Bibiloni; 504 Proyecto argentino de 1936. Omitimos la última parte de este último, por el que se faculta al Ministerio Público a exigir su cumplimiento, bajo pena de perder el 50% del usufructo, porque no siempre será posible al cónyuge supérstite dar estricto cumplimiento al inventario, por razones diversas, ni se advierte un interés público que justifique su intervención de oficio.

Art. 425. — Los padres tienen el usufructo legal de los bienes de sus hijos menores mientras ejerzan sobre ellos la patria potestad, con exclusión de:

1º Los bienes adquiridos por el hijo con ocasión o por ejercicio de milicia, oficio, empleo, profesión o arte, mediante su esfuerzo o capacidad personal; o por casos fortuitos, como juego o apuesta, aunque viva en casa de sus padres.

2º Los bienes dejados o donados al hijo para emprender una carrera, un arte o una profesión.

3º Los bienes dejados o donados con la condición de que el padre o la madre no tenga el usufructo de ellos.

4º Los bienes que han llegado al hijo por herencia, legado o donación y aceptados en el interés del hijo contra la voluntad del padre o de la madre.

La condición que prive al padre o a la madre de la administración de los bienes donados o dejados a los hijos, no le priva del derecho al usufructo.

Ver: arts. 287, 288, 289, 290 C. argentino, 858, 862 Bibiloni; 505 Proyecto argentino de 1936; 324 C. italiano; 384 C. francés; 147 C. portugues; 242 C. de Luisiana; 294 y 296 C. C. suizo; 1638 C. alemán; 266 y 267 C. uruguayo; 243 C. chileno; 291 C. colombiano; 261 C. ecuatoriano; 273 C. venezolano; 401 C. peruano; 390 y 391 C. brasileño; 428 a 430 C. mexicano; 245 C. hondureño; 249 y 250 C. nicaraguense.

Art. 426. — El usufructo de los bienes enumerados en el artículo precedente corresponde al hijo.

Ver: art. 288 C. argentino.

Art. 427. — Son cargas que gravan el usufructo legal de los padres las propias de todo usufructuario, excepto la de afianzar; los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo; el pago de los intereses que venzan durante el usufructo; los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiere instituido por heredero al hijo.

Ver: Art. 291 C. argentino; 863 de Bibiloni; 506 Proyecto argentino de 1936; 325 C. italiano.

Art. 428. — El usufructo legal no puede ser objeto de enajenación, de prenda o de hipoteca, ni de ejecución por parte de los acreedores.

La ejecución sobre los frutos de los bienes del hijo por parte de los acreedores del padre o de la madre, no puede tener lugar por deudas que el acreedor conocía que habían sido contraídas para fines extraños a las necesidades de la familia.

Las cargas del usufructo legal son reales. En los casos en que la ejecución proceda, se dejará a los padres lo necesario para llenar aquellas.

Ver: art. 326 C. italiano; 292 C. argentino; 864 de Bibiloni; 506 Proyecto argentino de 1936. Nos apartamos de la redacción de este último esbozo por cuanto en contradicción con la naturaleza real de la carga admite

que los frutos puedan embargarse por obligaciones de los padres, sin discriminar las deudas de juego, por ejemplo, de las que se contraen para la subsistencia del hijo o de la familia, ni distinguir los casos de buena o mala fe del acreedor. Este será de mala fe, si como lo estatuye el art. 326 del C. italiano, conocía que la obligación fue contraída para fines extraños a las necesidades de la familia. Habrá, pues, un solo caso de procedencia del embargo y es cuando la deuda hubiere sido contraída para subvenir a las necesidades de la familia, y aun en esta hipótesis debe dejarse al padre o a la madre lo necesario para llenar las cargas. De otro modo, éstas no serían de naturaleza real y los hijos menores serían expuestos a la insolvencia por desarreglos de la administración de sus padres.

Art. 429. — El padre o la madre puede enajenar por sí mismo o consumir las cosas consumibles que son parte del usufructo, pero tratándose de dinero no podrá consumirlo o emplearlo sin autorización del juez y sin obligarse a restituir el valor de las cosas consumidas, al fin del usufructo, o antes, cuando la administración regular lo exija, o inmediatamente si los frutos fueren embargados por deudas del hijo o contraídas en su interés.

Ver: art. 867 y 868 de Bibiloni e in fine del art. 505 del Proyecto argentino de 1936. Cosas consumibles son las definidas por el art. 2325 del C. argentino.

Art. 430. — El usufructo termina por el matrimonio del menor de edad. Mas si lo celebrare en infracción del art. 150, el padre o la madre retendrá la administración de los bienes fructuarios, como si fuere tutor con el encargo de suministrar al menor emancipado la cuota alimenticia fijada por el juez de conformidad con el art. 151.

Ver: art. 869 de Bibiloni y 507 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 431. — Si el padre o la madre, cesado el usufructo legal, continuare gozando los bienes del hijo con quien conviviere, sin poder de éste pero sin oposición de su parte, o aun con poder pero relevado de la obligación de rendir cuenta de los frutos, él o sus herederos sólo estarán obligados a entregar los frutos existentes en el momento de la demanda.

Ver: art. 329 C. Italiano.

Art. 432. — Si por negligencia o por evidente mala administración del padre o la madre, o por su estado de insolvencia notoria, peligrare el menor perder sus bienes propios, proveerá el juez las medidas conservatorias enderezadas a evitarlo; y si por inobservancia de estas providencias subsistiere o se agravare la inminencia del daño, podrá el juez dar por decaída la patria potestad y privarle definitivamente de la administración. En este caso, el Juez le proveerá al menor de un tutor especial.

Ver: Art. 301 C. argentino; 872 de Bibiloni; 508 Proyecto argentino de 1936 y 330, 333 y 334 C. italiano.

Art. 433. — El tutor especial nombrado por aplicación del artículo precedente entregará al padre o a la madre el sobrante de las rentas de los bienes del hijo, después de satisfechos los gastos de la administración, de los alimentos y educación de él.

Ver: art. 303 C. argentino; 874 de Bibiloni e in fine del art. 508 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 434. — Puede el juez reintegrar en la patria potestad al progenitor que ha decaido de ella, cuando, cesadas las razones por las cuales se pronunció la decadencia, se excluye todo peligro de perjuicio para el hijo.

Ver: art. 332 C. italiano.

Art. 435. — Las providencias indicadas en los artículos anteriores se adoptarán en virtud de escrito de los parientes del menor o del Ministerio Público, recibidas que sean las pruebas pertinentes del caso.

Si hubiere evidente urgencia, podrá el Juez adoptar de oficio las providencias precautelares, dando de ello cuenta al Ministerio Público.

Ver: art. 336 C. Italiano.

Art. 436. — Si el padre o la madre no tuviere la administración de los bienes fructuarios del hijo, por habérselos legado o donado con esta condición, no podrá ejercer el usufructo y sólo tendrá derecho a exigir la restitución del sobrante de las rentas de los bienes del hijo a tenor de lo preceptuado por el art. 433.

Ver: art. 1656 C. alemán; 865 de Bibiloni, 509 Proyecto argentino de 1936. En contra: art. 295 C. argentino.

Art. 437. — El Juez podrá suspender la patria potestad del padre o de la madre por desaparición de su domicilio sin noticia de su paradero o residencia actual, por interdicción, por ebriedad consuetudinaria, inconducta manifiesta, ejercicio abusivo de la facultad de corregir o negligencia grave que comprometa la salud, seguridad o moralidad de los hijos.

Esta medida será dictada por el Juez a denuncia de los parientes del menor o del Ministerio Público, previa comprobación de la verdad.

Ver: art. 875 de Bibiloni y 511 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 438. — La patria potestad se acaba:

1º Por la muerte de los padres o de los hijos;

2º Por profesión de los padres en institutos monásticos, o de los hijos con autorización de aquéllos.

3º Por la adopción que del hijo hiciere un tercero de conformidad a lo dispuesto en los arts. 365 a 390 de este Código.

4º Por la mayor edad del hijo.

5º Por matrimonio del mismo.

6º Por incurrir el progenitor en la pérdida de su ejercicio.

Ver: arts. 306 C. argentino; 876 de Bibiloni y 512 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 439. — Causa la pérdida de la patria potestad:

a) Todo delito cometido contra el o los hijos menores.

b) El abandono o exposición del hijo menor, aun cuando el desamparo no revistiere los caracteres del delito que con este mismo nombre castiga el Código Penal. A los efectos de esta sanción se reputará abandono el mero descuido de los deberes relativos a los alimentos, vigilancia y educación.

c) La conducta deshonrosa del progenitor consistente en dar malos ejemplos o consejos inmorales a los hijos menores, o en colocarles intencionalmente en peligro material o moral, casos en los cuales y antes de proveer la pérdida de la patria potestad, podrá disponer el juez que el menor salga de la casa paterna para ser confiada su educación a un establecimiento público de enseñanza o correccional.

d) La condenación por delito infamante en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Ver: arts. 876 y 877 de Bibiloni; in fine del art. 512 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 440. — Declarada la pérdida de la patria potestad del padre, el juez la confiará en exclusividad a la madre, y en defecto de ésta, a la tutela del pariente consanguíneo del menor, elegido en el orden establecido por la ley, y en defecto de parientes con vocación a ejercerla, al establecimiento público del Estado al cual corresponda el patronato de menores.

Ver: art. 513 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 441. — Terminada la patria potestad, los que hubieren estado sometidos a ella tendrán derecho a exigir la entrega inmediata de sus bienes.

Ver: art. 514 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO VI

DE LA TUTELA

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 442. — Este Código instituye la tutela para la protección de la persona e intereses patrimoniales de los hijos legítimos o ilegítimos menores de edad, huérfanos de padre y madre, o declarados desaparecidos con presunción de fallecimiento o privados de la patria potestad por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, e igualmente de los hijos de padres desconocidos, no albergados en un hospicio, y de los adoptivos menores de edad que, por cesación de la patria potestad del adoptante, no fueren restituídos bajo el poder de sus progenitores, sin perjuicio de lo preceptuado por el art. 384.

La tutela es un cargo unipersonal sólo excusable por razón suficiente e intransmisible por causa de muerte a los herederos, que se ejerce bajo la autoridad del juez y supervisión del Ministerio Pupilar.

Ver: art. 377 y 379 C. argentino; 881 de Bibiloni y 515 Proyecto argentino de 1936. Por error involuntario se consigna en el parágrafo 2º del art. 515 de ese Proyecto que "la tutela es una carga personal", como lo es la del munícipe o jurado de un tribunal popular, cuando no hay razón alguna para que lo sea, como obligación punto menos que inexcusable. Razón tiene Savatier cuando enseña que: "No debe definirse la tutela como carga legal, ni conferirle por definición el carácter obligatorio que de ordinario le pertenece, pero no forzosamente" (ver autor cit. in Planiol y Ripert, Traité Pratique, t. I, Nº 414, pág. 465).
El art. 361 del C. francés admite la calidad de tutor oficioso y el art. 394 del mismo cuerpo legal permite a la madre negarse a desempeñar la tutela de su propio hijo.
Ver igualmente: arts. 343 C. italiano, 368 C. C. suizo; 1773 C. alemán; 185 C. portugués; 199 y 201 C. español; 281 C. de Luisiana; 406 C. brasileño; 313 y 314 C. uruguayo; 338 y 340 C. chileno; 301 C. venezolano; 474 C. peruano; 449 C. mexicano; 428 y 430 C. colombiano; 372 y 374 C. ecuatoriano; 171 C. costarricense; 223 C. guatemalteco; 409 y 411 C. hondureño; 298 C. nicaraguense; 207 C. boliviano.

Art. 443. — Será juez competente para discernir la tutela el del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento o en la fecha de la sentencia que les hubiere privado de la patria potestad sobre sus hijos. Si éstos fueren ilegítimos, el de la residencia de quien primero los hubiere reconocido, o fuere condenado en juicio de filiación. Si fueren expósitos, abandonados o de padres desconocidos, el del lugar en que se hallaren.

El juez que discernió la tutela conocerá de ella y de cuanto a ella pertenezca hasta su finiquito, aunque el pupilo cambie de domicilio o residencia.

Ver: arts. 400 C. argentino; 898 de Bibiloni y 516 del Proyecto argentino de 1936; 406 C. francés; 343 C. italiano; 188 C. portugués; 376 C. C. suizo; 1774 C. alemán; 289 C. de Luisiana; 203 C. español; 309 C. venezolano; 179 C. costarricense; 468 C. mexicano; 236 C. guatemalteco; 303 C. nicaraguense (ver: Savatier in Planiol y Ripert, t. I, Nº 418, pág. 467; Siolfi, Diritto Civile, t. V, Nº 1126, pág. 747).

Art. 444. — Lo dispuesto en el artículo precedente es sin perjuicio de las providencias de conservación que se consideren necesarias en cuanto a los bienes que el menor pueda tener en la República, fuera de la jurisdicción del juez del último domicilio de sus progenitores.

En este caso las providencias que se adopten se comunicarán oficialmente al Juez competente.

Ver: art. 188, incisos 1º y 2º C. portugués. Podría ocurrir que padres afincados en la República, dejando bienes muebles e inmuebles en el Paraguay, trasladaren su domicilio al extranjero y fallecieren allí, y dejaren al mismo tiempo en la horfandad a sus hijos menores. Según la doctrina romana del artículo precedente, prevalecería la competencia del Juez del domicilio legal de los menores, como si sus intereses patrimoniales situados en la República pudieren quedar sin protección legal alguna, como consecuencia del cambio de domicilio de sus padres. A evitar esta anomalía mira el artículo 444, inspirado en el art. 188 del C. portugués.

Art. 445. — El encargado del Registro del Estado Civil que autorice la fe de óbito de una persona que ha dejado hijos menores de edad sin

representación legal o bien la declaración de nacimiento de un hijo de padre desconocido, debe dar inmediata noticia de ello al Juez competente quien proveerá, sin más trámite, de un tutor al menor y dictará las providencias que correspondan para la protección de su persona y bienes.

Igual denuncia deben hacer los parientes del menor hasta el sexto grado civil, dentro de los diez días de conocer su orfandad.

Ver: art. 345 C. italiano; 368 C. C. suizo; 189 C. portugués; 290 C. de Luisiana; 302 C. venezolano; 460 C. mexicano; 180 C. costarricense.

Art. 446. — El padre o la madre sobreviviente, sean mayores o no, legítimos o ilegítimos, podrán designar por testamente o por escritura pública, tutor a sus hijos menores, inclusive al póstumo, siempre que no hubieren sido privados de la patria potestad, o suspendidos en su ejercicio por causa que les fuere imputable.

Será lícito usar de esta facultad a cualquiera de los padres, cuando el otro padeciere de enajenación mental, sea interdicto o no, o se le hubiere declarado desaparecido con presunción de fallecimiento, o hubiere perdido su derecho sobre los menores.

Ver: arts. 383 C. argentino; 883 de Bibiloni; 517 del Proyecto argentino de 1936; 397 C. francés; 348 inc. 1º C. italiano; 275 C. de Luisiana; 1777 C. alemán; 206 C. español; 193 C. portugués; 354, 356 y 358 C. chileno; 444, 446 y 448 C. colombiano;; 390, 392 y 394 C. ecuatoriano; 306, 308 C. nicaraguense; 427, 429 y 431 C. hondureño; 470 C. mexicano; 407 C. brasileño; 172 C. costarricense; 229 C. guatemalteco; 305 C. venezolano; 321 C. uruguayo; 475 C. peruano; 197 y 200 C. boliviano.

Art. 447. — La designación de tutor que hagan los padres valdrá cualquiera sea la cláusula o condición a que se la subordine, con tal que no sea prohibida. Tendrán este carácter, y se juzgarán no escritas, las que eximan al nombrado de la obligación de levantar inventario, de recibir los bienes del pupilo sin llenar este requisito, o de rendir cuenta de su administración las veces que lo exija el presente Código.

Los padres podrán designar un tutor para cada uno de sus hijos menores, pero no está permitido que dos o más personas ejerzan conjunta o simultáneamente la tutela del menor. Si, no obstante, así resultare del título, se entenderán que están llamados a desempeñar la tutela en el orden en que sean mencionados.

La designación hecha por los padres no valdrá sin su confirmación por el Juez, quien nombrará al propuesto si no median motivos suficientes que se opongan a ello.

Ver: 384, 385, 386 y 388 C. argentino; 884 de Bibiloni; 519 del Proyecto argentino de 1936; 365 C. chileno; 455 C. colombiano; 401 C. ecuatoriano; 437 C. hondureño; 307 C. venezolano; 479 C. peruano; 455 C. mexicano; 280 C. de Luisiana; 322 y 324 C. uruguayo; 194 y 196 C. portugués; 230 C. guatemalteco.

Art. 448. — Cuando la madre nombrare tutor a sus hijos por impedimento del padre y cesara la causa del nombramiento, quedará éste sin efecto.

Ver: art. 195 C. portugués.

Art. 449. — El nombramiento de tutor por los padres es revocable.

Será de ningún efecto el nombramiento de tutor, si fuere nulo o fuere revocado el testamento en que se hizo.

Ver: art. 326 C. uruguayo.

Art. 450. — Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

Ver: art. 457 C. mexicano.

Art. 451. — Cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o si el testamento por el que se lo nombró fuere nulo o anulado, o fuere revocado sin nombrarse otro tutor, o el nombrado no entrare a ejercer la tutela, o dejare de serlo, el juez proveerá de tutor al incapaz, en este orden:

1º Al abuelo paterno, al materno, y a falta de éste, a la abuela paterna; en su defecto, a la materna.

2º A los hermanos, con preferencia los bilaterales a los de un solo lado, los de más edad a los más jóvenes, sin distinción de sexo, siempre, que se igualen por su idoneidad para el desempeño del cargo.

3º A los tíos, observando idéntica preferencia a la del inciso precedente. La idoneidad a que se condiciona la tutela legítima resultará de la aptitud intelectual, responsabilidad pecuniaria y pública reputación de honorabilidad del llamado por este Código al desempeño del cargo, sin que la precedente prelación limite el arbitrio del juez si a su juicio fuera más conveniente a los intereses del menor nombrar al de vocación posterior.

Ver: arts. 389 a 391 C. argentino; 888, 889 y 890 de Bibiloni; 520 del Proyecto argentino de 1936; 348 incs. 2º, 3º y 4º C. italiano; 402 C. francés; 199 y 200 C. portugués; 211 C. español; 281 C. de Luisiana; 379 inc. 1º y 380 C. C. suizo; 1776 y 1779 C. alemán; 366 y 367 C. chileno; 456 C. colombiano; 402 y 403 C. ecuatoriano; 439 y 440 C. hondureño; 328 y 329 C. uruguayo; 308 y 309 C. venezolano; 480 C. peruano; 482 a 484 C. mexicano; 409 C. brasileño; 173 C. costarricense; 314 y 315 C. nicaragüense; 233 C. guatemalteco.

Art. 452. — No serán llamados a la tutela legítima los abuelos cuando el pupilo haya sido adoptado por otra persona que no sea el cónyuge de su padre o de su madre. Lo mismo sucederá cuando aquel de quien desciende el pupilo haya sido adoptado por persona distinta del cónyuge de su madre, y cuando los efectos de la adopción se extiendan al pupilo.

Ver: parág. 2º del art. 1776 C. alemán, concordante, con los arts. 1757 párrafo 2º, 1762 y 1764 del mismo cuerpo legal La razón que se da de esta decisión es elemental: la adopción da al adoptado una condición social distinta de la resultante de su vinculación de sangre con sus progenitores. La patria potestad de éstos se transfiere al adoptante, como lo estatuye el art. 382 de este Código.

Art. 453. — Es llamado a la tutela legítima del hijo ilegítimo el padre o madre que primero le reconozca, y si ambos le reconocen a un tiempo, el padre.

Este llamamiento pondrá fin a la tutela en que se hallare el hijo que es reconocido como ilegítimo, salvo el caso de inhabilidad o legítima excusa del que, según el inciso anterior, es llamado a ejercerla.

Ver: arts. 368 C. chileno; 458 C. colombiano; 404 C. ecuatoriano.

Art. 454. — El padre o madre ilegítimos, aunque no fuere el supérstite, podrá nombrar curador para administrar los bienes que donare o dejare a sus hijos, con exclusión del padre o madre que tuviere la patria potestad, o del tutor nombrado por éstos.

Ver: art. 394 in fine del C. argentino y nota de Vélez Sarsfield; 891 de Bibiloni y 518 del Proyecto argentino de 1936; y 356 C. italiano.

"Tiene por objeto este precepto —dice Bibiloni— destacar bien que el padre o madre pueden nombrar curador excluyente del otro en la administración de los bienes que done, o deje al hijo sin estar limitado a la supervivencia, en vida, por consiguiente, del otro antecesor, lo que no resulta del art. 394 (del Código). Tampoco es necesario que se nombre heredero al hijo, puesto que puede habérsele adelantado en vida su legítima. Y por último, aunque nada se hubiera donado o dispuesto por testamento, basta el reconocimiento hecho anteriormente, o por el testamento o escritura, para que la ley le constituya en heredero ab-intestato o en concurrencia con otros testamentarios, o no. La sucesión puede ser testada en parte, e intestada en otra.

"Por fin, todos los hijos ilegítimos, y no solamente los naturales simples, pueden recibir tutor por disposición testamentaria.

"No excluye el artículo proyectado el que, sin existir reconocimiento, pueda el padre no declarado, por razones fáciles de comprender, pero verdadero, donar o legar bienes bajo la reserva de la exclusión de la administración paterna o tutelar, porque es ésa una facultad general a todos los donantes o testadores. La demostración de la oportunidad no declarada, sólo probaría que el padre había cumplido con sus deberes de tal, y con el de protección de su hijo". (ver autor y opus cit. t. I, pág. 372, edición Kraft).

Art. 455. — El juez proveerá de tutor al menor que no lo tuviere designado por sus padres y carezca de parientes idóneos para ejercer la tutela legítima, o siempre que el cargo se hallare vacante.

El tutor dativo permanecerá en el desempeño de sus funciones mientras

dure la incapacidad del pupilo, y su nombramiento no podrá hacerse en forma condicional.

Ver: arts. 392 y 393 C. argentino; 694 de Bibiloni y 521 Proyecto argentino de 1936; 354, parág. 2º C. italiano; 309 C. venezolano; 370 a 372 C. chileno; 333 y 334 C. uruguayo; 460 a 462 C. colombiano; 406 a 408 C. ecuatoriano; 445 C. hondureño; 410 C. brasileño; 495 y 500 C. mexicano; 236 C. guatemalteco; 174 C. costarricense; 321 a 323 C. nicaraguense.
Los códigos francés, art. 405; art. 405; de Luisiana, art. 288; y el portugués, art. 202 y 203, confían al Consejo de Familia el nombramiento de tutor dativo.

Art. 456. — Es prohibido a los jueces conferir la tutela dativa:

1) A sus consanguíneos o afines dentro del cuarto grado.

2) A sus amigos íntimos, o a los de sus parientes dentro del mencionado límite.

3) A los miembros de los tribunales nacionales que ejerzan sus funciones en el lugar del nombramiento; como a sus socios, deudores o acreedores, amigos o parientes del mismo grado.

4) A sus socios, deudores o acreedores.

5) A una misma persona, respecto de tutelas para menores pertenecientes a familias diversas, a menos de tratarse de filántropos públicamente conocidos como tales.

Ver: Art. 6º de la ley argentina Nº 10.903 del 31 de octubre de 1919, modificatorio del art. 393 del C argentino; y 522 Proyecto argentino de 1936.

Art. 457. — La tutela de los niños abandonados en hospicios de huérfanos o casas de expósitos, por cualquier título o denominación que sea, será desempeñada por el Director del establecimento.

Ver: arts. 893 de Bibiloni; 523 del Proyecto argentino de 1936, y 402 C. italiano.

Art. 458. — Procederá el nombramiento de tutores especiales:

1) Cuando hubiere oposición de intereses entre los menores sujetos a la tutela de un solo tutor, o entre los menores y sus padres o tutores generales o especiales.

2) En el caso de que los padres incurrieren en la pérdida de la administración de los bienes de sus hijos.

3) Si los hijos recibieren bienes por donación o herencia, de cuya administración fueren excluidos los padres por disposición del donante o testador, o por haber éstos designado en el título de la liberalidad la persona que haya de administrarlos.

4) Cuando se determinara que la sociedad se disuelva luego, o después de vencido el contrato, el juez autorizará al tutor para que de acuerdo con los demás socios, ajuste la venta o la cesión de la cuota del pupilo a los otros, o a un tercero, con asentimiento de ellos, y si no fuere posible la venta, para inspeccionar y promover la liquidación final y percibir el saldo.

5) Lo dispuesto en los dos incisos anteriores, no rige cuando la participación del menor fuere en sociedad anónima o en comandita por acciones.

Ver: Arts. 397 C. argentino; 895 de Bibiloni y 524 Proyecto argentino de 1936; Teixeira de Freitas, Esboço, art. 1636; 417 C. francés.

Art. 459. — No pueden ser tutores.

1) Los menores de edad.

2) Los interdictos, privados de la administración del propio patrimonio;

3) Los ciegos y los mudos.

4) Los excluídos de la administración de los bienes donados o legados al menor por disposición expresa del donanate o testador, aunque fuere su padre o madre ilegítimos.

5) Los que tienen o están por tener, o cuyos ascendientes, descendientes o cónyuge tienen o están por tener con el menor una litis, por efecto de la cual puede ser perjudicado el estado del menor o una parte notable de su patrimonio.

6) El quebrado no rehabilitado.
7) Los que no tengan domicilio en el territorio de la República.
8) La persona que hubiere perdido la patria potestad, o fuere removida de la tutela o curatela de otro incapaz.
9) Los que deban ejercer por largo plazo o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del país.
10) Qiuen no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, u observe notoria mala conducta.
11) El condenado a penitenciaría por más de tres años.
12) El que haya malversado fondos ajenos.
13) Los deudores ó acreedores del pupilo.
14) Los parientes que por negligencia no denunciaron al Juez la orfandad del menor para que se le provea de tutor.
15) Los militares en servicio activo y funcionarios de Policía.
16) Los religiosos profesos.

Ver: arts. 1682 del Esboço de Teixeira de Freitas; 497 C. chileno; 398 C. argentino; 896 de Bibiloni; 525 del Proyecto argentino de 1936; 586 C. colombiano; 532 C. ecuatoriano; 556 C. hondureño; 387 a 390 C. nicaraguense; 352 C. uruguayo;339 C. venezolano; 490 C. peruano; 413 C. brasileño; 237 C. español; 503 C. mexicano; 244 C. guatemalteco; 181 C. costarricense; 234 C. portugués; 322 C. de Luisiana.

Art. 460. — Pueden excusarse de aceptar el cargo de tutor:
1) El Presidente de la República y los Ministros y Consejeros de Estado.
2) Los eclesiásticos y militares en servicio activo.
3) Los jueces en ejercicio, empleados y oficiales de justicia.
4) Los analfabetos.
5) Los que hubieren cumplido más de 60 años.
6) Los imposibilitados por enfermedad grave y continuada, mientras ésta dure.
7) Los padres que tuvieren a su cargo cinco o más hijos menores de edad, legítimos o ilegítimos.
8) Los que ejercieren ya alguna tutela o curatela.
9) Los menestrales que viven de algún oficio mecánico o de sus manos.
10) Los que tuvieren su domicilio en el extranjero.
11) Los que, en virtud de su modo de vida o profesión, no tuvieren residencia fija.

Ver: arts. 1684 del Esboço de Teixeira de Freitas; 414 C. brasileño; 227 C. portugués; 352 C. italiano; 427 y 428 C. francés; 514 a 516 C. chileno; 602 y 603 C. colombiano; 549 o 550 C. ecuatoriano; 569 a 571 C. hondureño; 402 a 403 C. nicaraguense; 353 C. uruguayo; 244 C. español; 242 C. venezolano; 497 C. peruano; 184 C. costarricense; 247 C. guatemalteco; 312 C. de Luisiana. Omitido en el C. argentino, el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto de 1936.

Art. 461. — El que no fuere pariente del menor no podrá ser obligado a aceptar la tutela, si en la jurisdicción del juez hubiere pariente idóneo consanguíneo o afín, en condiciones de ejercerla.

Ver: art. 228 C. portugués; 245 C. español; 432 C. francés; 315 C. de Luisiana; 248 C. guatemalteco; 41 C. brasileño. Sin antecedente en el Derecho argentino.

Art. 462. — La excusa debe presentarse al Juez dentro de los diez días subsiguiente a la intimación hecha al nombrado para que manifieste si acepta o rehusa el cargo, bajo pena de que oponiendo su silencio a la notificación, se dará por renunciado el derecho de alegarla.
Si la causal de excusación sobreviniere a la aceptación de la tutela, los diez días se computarán desde que el tutor tuvo conocimiento de ella.

Ver: arts. 229 C. portugués: 438 C. francés; 247 C. español; 319 C. de Luisiana. Sin antecedente en el Derecho argentino.

Art. 463. — La excusa será ventilada con intervención del Ministerio Pupilar. Mientras dure su substanciación, el nombrado desempeñará la tu-

tela, hasta que el incidente haya sido dirimido por decisión inapelable de los tribunales. Si desestimada ella, el nombrado se negare a tutelar al menor, o fuere negligente en la protección de su persona y bienes, responderá de los daños y perjuicios que por su culpa se le ocasionare al pupilo.

Ver: arts. 231 C. portugués; 440 C. francés; 249 y 250 C. español; 320 C. de Luisiana; 417 C. brasileño. Sin antecedente en el Derecho argentino.

CAPITULO II

Del discernimiento de la tutela

Art. 464. — No se ejercerá el cargo de tutor sin que sea discernido por el juez competente, ante quien el nombrado deberá prometer bajo juramento desempeñarlo fiel y lealmente con arreglo a la presente ley.

Los actos del tutor anteriores al discernimiento no producirán obligación alguna a cargo del menor, pero cumplido ese extremo, quedarán ratificados con efecto retroactivo si de ellos no resultare daño alguno para el pupilo.

Ver: 1685, 1693 y 1701 del Esboço de Teixeira de Freitas; 399, 400, 407 C. argentino; 897 de Bibiloni y 526 del Proyecto argentino de 1936; arts. 366, 367, 368 y 372 C. uruguayo; 373, 374, 377 C. chileno; 463, 464 y 467 C. colombiano; 409, 410 y 413 C. ecuatoriano; 448, 449 y 450 C. hondureño; 414, 416 y 419 C. nicaraguense; 264 C. guatemalteco. En los otros códigos, no se exige el juramento tradicional de nuestro Derecho, sino la prestacióón de una garantía eficaz del fiel desempeño del tutor en la administración de los bienes de su pupilo, por todo daño que pueda causarle.

Art. 465. — Discernida que sea la tutela, se entregarán los bienes del pupilo al tutor, previo inventario y avalúo de ellos ante el Actuario y un Inspector de la Dirección de Impuesto Inmobiliario designado al efecto, a menos que estas operaciones se hubieren efectuado en los autos sucesorios o testamentaría del causante del menor.

Si el tutor tuviere crédito contra el incapaz, pedirá su inserción en el inventario y declinará la tutela por incompatibilidad, a tenor de lo dispuesto por el art. 459 inc. 13 de este Código. Inmediatamente procederá el Juez a nombrar el tutor que haya de substituirle en el cargo.

Si el tutor acreedor de su pupilo no denunciare su crédito para su inclusión en el inventario, perderá el derecho de reclamarlo en juicio.

Ver: arts. 408 C. argentino; 906 y 916 de Bibiloni; 527 del Proyecto argentino de 1936; 1704 del Esboço de Teixeira de Freitas.

Art. 466. — En la misma forma se inventarcarán los bienes que con posterioridad le fueren deferidos al menor por sucesión u otro título.

Entrando el tutor a substituir a otro anterior a él, o al propio padre del menor, deberá inmediatamente exigirle rendición de cuentas y entrega de los bienes del pupilo.

Ver: 917 y 918 de Bibiloni y 528 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De la administración de la tutela

Art. 467. — El tutor tiene a su cargo el cuidado de la persona del menor, y su representación legal en todos los actos jurídicos relativos a la administración y gobierno de sus bienes y negocios que no estuvieren ex-

ceptuados. Actúa y gestiona solo, en nombre de su pupilo, sin el concurso de él y prescindiendo de su voluntad.

El menor debe respeto y obediencia al tutor. No puede abandonar la casa o el instituto a que ha sido destinado, sin el permiso del tutor.

Si el menor se ausentare sin permiso, el tutor tiene el derecho de recurrir al juez para que providencie su retorno.

Ver: arts. 380 y 411 del C. argentino; 909 de Bibiloni; 529 Proyecto argentino de 1936; 357 y 358 C. italiano; 450 C. francés; 243 Inc. 1º C. portugués; 262 y 263 C. español; 1793 C. alemán; 327 C. de Luisiana; 390 y 391 C. chileno; 480 y 481 C. colombiano; 426 y 427 C. ecuatoriano; 465 y 466 C. hondureño; 425 C. nicaraguense 384 C. uruguayo; 347 y 349 C. venezolano; 509 y 510 C. peruano; 422, 424, 426 C. brasileño; 449, 537 C. mexicano; 203 C. costarricense; 265 a 267 C. guatemalteco.

Art. 468. — Terminado el inventario, recibido los bienes del menor y calculados los recursos con que el tutor podría contar para sufragar los gastos de alimentación, alojamiento y educación de su pupilo, el Juez de la tutela, a propuesta del tutor y oído el Ministerio de Menores, proveerá:

1) Sobre el lugar donde el menor debe ser educado y sobre su formación en los estudios o en el ejercicio de una profesión de acuerdo a su vocación personal, para lo cual le oirá si ha cumplido los diez años;

2) Sobre el gasto anual necesario para la manutención y la instrucción del menor y para la adminisración de su patrimonio, para lo cual fijará los modos de empleo de la renta excedente;

3) Sobre la conveniencia de continuar o bien de enajenar o liquidar el activo comercial que se encuentre en el patrimonio del menor, y sus respectivas modalidades.

Si el juez estimare evidentemente útil al menor la continuación de la empresa, podrá autorizarla.

Ver: art. 371 C. italiano; 385 y 386 C. uruguayo; 428, 431 y 432 C. chileno; 517, 520 y 521 C. colombiano; 464, 467 y 468 C. ecuatoriano; 427 C. nicaraguense; 499, 500 y 501 C. hondureño; 424 C. brasileño; 348 C. venezolano; 509 C. peruano; 539 y 540 C. mexicano; 203 y 204 C. costarricense; 243 C. portugués; 264 C. español; 327 C. de Luisiana; 267 C. guatemalteco.

Art. 469. — A los efectos del artículo precedente la suma anual que fije el juez será adecuada a la edad, los bienes de fortuna, rentas y necesidades del menor, y si a ella se refiriere alguna disposición testamentaria de su causante, se atenderá también a lo determinado por el testador.

Ver: arts. 423 C. argentino; 928 de Bibiloni y 531 Proyecto argentino de 1936.

Art. 470. — Si el pupilo fuere indigente, o no alcanzaren sus bienes para costear su alimentación, vestido, alojamiento e instrucción, podrá el tutor, con autorización del juez, exigir de sus parientes que los sufraguen en proporción a sus rentas. Quien de éstos asuma la responsabilidad de todos los gastos, estará facultado, con la misma venia, a guardar al incapaz y proveer a su sustento y enseñanza.

Ver: arts. 428 C. argentino; 923 de Bibiloni e in fine del 531 del Proyecto argentino de 1936; 388 C. uruguayo; 433 C. chileno; 522 C. colombiano; 469 C. ecuatoriano; 502 C. hondureño; 453 C. nicaraquense; 543 C. mexicano; 268 in fine C. guatemalteco. Los demás códigos no contemplan la indigencia del incapaz, salvo el italiano, art. 403, el cual autoriza la intervención de la autordaid pública para la colocación del menor en lugar seguro, hasta tanto que se pueda proveer de un modo definitivo a su protección.

Art. 471. — Los bienes del pupilo sitos en el territorio de la Nación, serán administrados de acuerdo con las leyes de este Código, aunque la tutela haya sido discernida en el extranjero; y los muebles o inmuebles de su pertenencia situados en el extranjero, se regirán en cuanto a su administración y enajenación, de conformidad con las leyes del país en que se hallaren.

Ver: arts. 409 y 410 C. argentino; 907 y 908 de Bibiloni y 532 del Proyecto argentino de 1936. Dado lo estatuido por el art. XXI del Título Preliminar de este Código, podría omitirse el 471 que proyectamos, sobre todo por regirse la tutela por la ley del último domicilio que los padres del menor tenían al tiempo de su fallecimiento, como está preceptuado por nuestro art. 443, complementado por el 444. La virtual repro-

ducción por nuestro art. 404 y 405 del C. argentino no se justifica sino por nuestra obsecuncela al derecho tradicional que tratamos de mantener en todo aquello que no contradiga los principios fundamentales del presente Código.

Art. 472. — Si, cubierto que sea el usufructo paterno o el del pupilo, hubiere sobrante en dineros de éste, el tutor lo depositará en el Banco Nacional de Fomento en la cuenta abierta a nombre de su pupilo y a la orden del juez de la tutela. Así también depositará en dicha cuenta los capitales o valores de pertenencia del menor o los provenientes de la venta de sus bienes.

Ver: art. 424 C. argentino; 920 de Bibiloni; 533 Proyecto argentino de 1936; 266 C. español; 394 C. uruguayo; 406 C. chileno 368 C. venezolano; 432 y 433 C. brasileño; 270 C. guatemalteco; 557 a 560 C. mexicano; 504 C. peruano.

Art. 473. — El tutor necesita la autorización del Juez:

1º Para enajenar los ganados de cualquier clase que formen los establecimientos rurales del menor, salvo aquellos cuya venta es permitida a los usufructuarios de rebaños;

2º Para pagar deudas del menor que no sean los ordinarios de la administración o correspondientes al sostenimiento del pupilo;

3º Para todos los gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes;

4º Para repudiar herencias, legados, o donaciones que se hicieren al menor;

5º Para hacer transacciones o compromisos sobre los derechos de los menores;

6º Para comprar inmuebles destinados al pupilo, o cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación;

7º Para contraer empréstitos a nombre de los pupilos;

8º Para tomar en arrendamiento bienes raíces, que no fueren la casa de habitación;

9º Para remitir créditos a favor del menor, aunque el deudor sea insolvente;

10º Para hacer arrendamientos de bienes raíces a término fijo, que no pase de cuatro años. Autorizados, valdrán aunque el término se cumpliera después de la mayor edad o emancipación del menor.

Ver: arts. 1723 del Esboço de T. de Freitas; 443 C. argentino; 461, 467 y 457 C. francés; y 929 de Bibiloni Corregido por éste los defectos del 443 del Código, según puede verse en su apostilla al 929 de su Anteproyecto, no parece que su modificación por el art. 534 del Proyecto de 1936 lo haya mejorado, razón por la cual preferimos la redacción de aquél.

Esta limitación de los poderes de representación del tutor es punto menos que de derecho uniforme, como puede verse de los arts. 395, 399, 400, 401, 402, 406, 407, 412 del C. uruguayo; 393, 396, 397, 399, 400, 402, del C. chileno; 483, 485, 486, 487, 488, 489, 491, 492, del C. colombiano; 429, 432, 433, 434, 435, 436, 439 C. ecuatoriano; 443, 444, 451, 456, 457, 458, 459, del C. nicaraguense; 468, 471, 472, 473, 474, 475 477, 478 del C. hondureño; 427 y 428 C. brasileño; 365, 367, 369, 370, y 373 del C. venezolano; 520, 522, 525 y 526 C. peruano; 561, 562, 563, 564, 565, 566 567, 568, 569, 571, 572, 573, 574, 575, 576 del C. mexicano; 206 y 207 C. costarricense; 271, 274, 275, 276, C. guatemalteco.

Estas estrictas restricciones de los poderes del tutor son de la exclusiva competencia del Consejo de Familia en el Código francés: arts. 457, 458, 459, 461, 462, 463, 464, 465, 467; en el Código portugués, arts. 224, 244 y en el Código español. arts. 269, 270, 271, 274, 275.; en el Código de Luisiana, arts.334, 335, 336, 345, 348, y 354.

No menos severas son las disposiciones del C. C. suizo en defensa de los intereses del incapaz, como puede verse en sus arts. 399 a 404 y del C. alemán: arts. 1804, 1805, 1809, 1810, 1819, 1821, 1822, 1823, 1824, 1829, 1831, etc.

Art. 474 — Los bienes muebles serán prontamente vendidos, exceptos los necesarios para el uso del pupilo, según su condición y fortuna; los que fueren de platino, oro o plata o joyas preciosas; los que hicieren parte integrante de algún establecimiento de comercio o industria que al pupilo le hubiere tocado en herencia, y éste no se enajenase; los retratos de familia, títulos honoríficos u otros objetos destinados a perpetuar la memoria de su causante. Los objetos de platino, oro o plata y las joyas preciosas serán depositadas a la orden del Juez de la tutela.

Ver: 440 C. argentino; 932 de Bibilini; 536 Proyecto argentino de 1936; 399 C.C. suizo; 457 In fine C. francés; 224 inc. 13 C. portugués; 266 y 272 C. español; 369 C. italiano; 400 C.C. suizo; 1814 y 1818 C. alemán; 393 C. chileno; 395 C. uruguayo; 483 C. colombiano; 429 C. ecuatoriano; 468 C. hondureño; 561 C. mexicano; 270 C. guatemalteco.

Art. 475 — Los bienes muebles o inmuebles sólo podrán ser vendidos en remate público, salvo cuando los primeros fueren de poca importancia, o alguien ofreciere un precio razonable a juicio del tutor y del juez.

Ver: arts. 441 y 442 C. argentino; 933 de Bibolini y 537 Proyecto argentino de 1936; 459 C. francés; 376 C. italiano; 272 C. español; 267 C. portugués; 336 C. de Luisiana; 394 C. chileno; 396 C. uruguayo; 484 C. colombiano; 430 C. ecuatoriano; 469 C. hondureño; 446 C. nicaraguanse; 372 C. venezolano; 525 C. peruano; 563 C. mexicano; 206 inc. 1 C. costarricense; 272 arg. a contrario sensu del C. guatemalteco; 429 C .brasileño.

Art. 476. — Si correspondiere al menor algún comercio o industria o una participación en establecimiento social, se aplicarán las normas siguientes:

1º En el primer supuesto, el juez, con pleno conocimiento del negocio, autorizará al tutor para que por sí, o por agentes de su confianza, dirija las operaciones y trabajos, efectúe los pagos y ejecute todos los actos de un mandatario con libre administración, sin necesidad de venia especial, salvo el caso de una medida extraordinaria, y obligación de rendir trimestralmente cuenta documentada de su actuación.

2º Si el juez no concediera la autorización mencionada en el inciso anterior, o juzgare luego que sería perjudicial al pupilo continuar el giro del negocio, facultará al tutor para enajenarlo en venta pública o privada, después de tasado o estimada por peritos la importancia del establecimiento.

La venta será sometida a la aprobación del juez. Mientras no fuere posible realizarla, el tutor quedará autorizado para proceder como más convenga a los intereses del menor y con la diligencia de un buen padre de familia.

3º En el caso de que el pupilo tuviera una participación en establecimiento social, el tutor, teniendo en cuenta las disposiciones del causante, el contrato, la naturaleza y el estado del negocio, deberá informar al juez si conviene continuarlo o no. Resuelto lo primero, el juez autorizará al tutor para que haga las veces del socio a quien el pupilo hubiere heredado.

4º Cuando se determinara que la sociedad se disuelva luego, o después de vencido el contrato ,el juez autorizará al tutor para que de acuerdo con los demás socios, ajuste la venta o la cesión de la cuota del pupilo a los otros, o a un tercero, con asentimiento de ellos, y si no fuere posible la venta, para inspeccionar y promover la liquidación final y percibir el saldo.

5º Lo dispuesto en los dos incisos anteriores, no rige cuando la participación del menor fuere en sociedad anónima o en comandita por acciones.

Ver: sobre el inc. 1º los arts. 448 Código argentino; 938 de Bibolini e inc. 1º del art. 538 del Proyecto argentino de 1936. El art. 448 del Código argentino se refiere a un "establecimiento no social", evidentemente inspirado en el art. 1734 del Esboco de T. de Freitas, en el que se trata de la hipótesis de que el patrimonio del pupilo consista en un "establecimiento comercial o industrial" que su causante habría explotado solo, con exclusión de toda sociedad. Bibiloni reprodujo en su art. 938 la redacción literal del modelo. Más la Comisión argentina de Reformas del Código, omitió la locución: "establecimiento no social", lo que debe darse por entendido en la interpretación del inc. 1º que proyectamos, copiado del inc. 1º del art. 538 del Proyecto de 1936.

Sobre el inc. 2º ver: el art. 449 C. argentino también directamente inspirado en el in fine del 1734 de T. de Freitas y los arts. 1723, inc. 11; 1724 inc. 3º; 1730 inc. 8º y 1733 inc. 6º del mismo Esboço. Cambiada su redacción en el inc. 2º del art. 538 del Proyecto argentino de 1936, la copiamos en el presente inciso de nuestro art. 476. ETAOIN SHRDLUSHRDLU

Sobre el inc. 3º ver: arts. 444 y 445 C. argentino; 934 y 935 de Bibiloni e inc. 3º del 538 del Proyecto argentino de 1936. También esta vez debe confrontarse el Esboço de T. de Freitas: art. 1735 incs. 1º y 2º, fuente directa e inmediata de este precepto.

Sobre el inc. 4º ver: 446 del C. argentino; 939 de Bibiloni e inc. 4º del 538 del Proyecto argentino de 1936, directamente trasegados del inc. 3º del art. 1735 del Esboço.

Sobre el inc. 5º ver: el 447 del C. argentino; 937 de Bibiloni e inc. 5º del 538 del Proyecto argentino de 1936, y su fuente inmediata, el inc. 1º del art. 1737 del Esboço de T. de Freitas.

Fuera de los arts. 409; 410 y 411 del Código uruguayo, nada hay análogo a nuestro art. 476 en los códigos anteriores que puedan señalarse por sus fuentes.

Art. 477. — El tutor percibirá por sus cuidados y trabajos, sea cual fuere la naturaleza de ellos, la décima parte de los frutos líquidos de los bienes de su pupilo. Para el cómputo, se tomarán en cuenta los gastos de la producción y todas las pensiones, contribuciones públicas y cargas usufructuarias sobre el patrimonio del menor. En cuanto a los frutos pendientes al tiempo de principiar la tutela, la décima quedará sujeta a las reglas del usufructo.

Ver: arts. 451 y 452 C. argentino; 941 y 942 de Bibiloni y 539 Proyecto argentino de 1936; 1751 del Esboço de T. de Freitas; 247 C. portugués; 276 C. español; 416 C. C. suizo; 1836 C. alemán; 379 C. italiano; 342 C. de Luisiana; 414 C. uruguayo; 431, parág. único, C. brasileño; 375 C. venezolano; 585 y 586 C. mexicano; 529 C. peruano; 213 C. costarricense; 277 C. guatemalteco; 526 a 538 C. chileno; 614 a 626 C. colombiano; 561 a 573 C. ecuatoriano; 580 a 591 C. hondureño; 476 y 477 C. nicaraguense.

Tres son los sistemas legislativos observados en esta materia: 1º el de la gratuidad de la tutela, propia del Código francés cuando ella es ejercida por el padre o la madre, y silencio respecto a la ejercida por parientes más lejanos ó por extraños; 2º el de la tutela retribuida del C. argentino y los demás que se citan más arriba; 3º el mixto de los Códigos italiano: art. 379 y el alemán, art. 1836, por los que se proclama la gratuidad, en principio, de la tutela y su posible retribución por el juez o el tribunal de la tutela, si el patrimonio del pupilo lo permite, en consideración a su importancia y a la extensión y dificultades de la administración.

Por lo que dejamos expuesto, bien se ve que la tutela gratuita o no retribuida está en retroceso, al paso que la remunerada es punto menos que de derecho uniforme, con diferencias en los porcentajes a que los honorarios del tutor debe ceñirse en relación al valor del patrimonio de su pupilo o de los negocios que tuvo a su cargo.

Observada en Francia la necesidad de un estímulo pecuniario a los tutores que no sean el padre o la madre del menor, preconiza Savatier la reforma del Código con mira a aguijonear a los tutores y comunicarles mayor valor y energía en el desempeño de su ministerio (ver autor cit. in Planiol y Ripert, t. I, Nº 426, pág. 472).

Art. 478. — El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que a este título hubiere percibido:

1º Si él o sus ascendientes legítimos hubieren contraído matrimonio con el pupilo o la pupila antes de estar aprobadas las cuentas de su gestión.

2º Si fuere removido por culpa o dolo.

3º Si nombrado por los padres, recibiere algún legado de ellos, que pueda estimarse remuneratorio de su trabajo. Podrá optar, sin embargo, entre no aceptar la manda, o restituirla y recibir la décima.

4º Cuando los menores sólo tuvieren rentas suficientes para sus alimentos y educación, la décima podrá no ser abonada, o disminuirse dentro del sobrante.

Sobre los cuatro incisos, ver los arts. 453 y 454 C. argentino; 1755 del Esboço de T. de Freitas; 934 y 944 de Bibiloni y 540 del Proyecto argentino de 1936; 530, 531, 533 y 534 C. chileno; 618, 619, 621, 622 C. colombiano; 565, 566, 568 y 569 C. ecuatoriano; 582, 583, 586 y 587 C. hondureño; 478 C. nicaraguense; 414 C. uruguayo; 278 C. guatemalteco, y 589 C. mexicano.

Callan esta sanción los códigos venezolano, peruano, brasileño. Y de los códigos europeos, el 416 del C. C. suizo, siquiera entiendan sus intérpretes que, siendo deducida (prélevée) la remuneración del tutor de los bienes del pupilo, no la habrá si el pupilo es indigente. Y el art. 1836 del C. alemán dispone punto menos que lo mismo al condicionar la remuneración a la existencia de la fortuna del pupilo. El C. español remite la decisión denegatoria de retribución al tutor al acuerdo del Consejo de Familia, de que el tutor puede recurrir a los Tribunales.

CAPITULO IV

Cuentas de la tutela

Art. 479. — El tutor debe llevar cuenta fiel y documentada de los ingresos y las erogaciones autorizadas de su administración, aunque el testador le hubiere eximido de rendirla.

En cualquier tiempo podrán exigirla el Ministerio Público o el propio menor, si hubiere cumplido diez y ocho años, por motivos que el juez estime suficientes.

Ver: arts. 1758 Inc. 16 del Esboço de T. de Freitas; 415 C. chileno; 458 y 459 C. argentino; 949 y 950 de Bibiloni; 541 Proyecto argentino de 1936; 504 C. colombiano; 451 C. ecuatoriano; 472 in fine, 473 y 474 C. nicaraguense; 489 C. hondureño; 590 a 592 C. mexicano; 434 a 436 C. brasileño; 415 a 417 C. uruguayo; 376 a 379 C. venezolano; 530 a 533 C. peruano; 209 a 214 C. costarricense; 280 a 284 C. guatemalteco.

Art. 480. — Terminada la tutela, el tutor o sus herederos entregarán de inmediato los bienes de su administración y darán cuenta dentro del plazo que el juez señale, aunque el pupilo en su testamento les hubiera exonerado de esa obligación. La rendición se hará al ex pupilo, si fuere mayor, o a quien le represente.

Ver: 469 C. francés; 350 C. de Luisiana; 249 y 256 C. portugués; 255 Proyecto de Goyena (Concordancias, t. I,

pág. 249); 460 C. argentino; 951 de Bibiloni (en el que se advierte la omisión involuntaria de la obligación de entregar sus bienes al pupilo), y 542 Proyecto argentino de 1936; 417 C. chileno; 506 C. colombiano; 453 C. ecuatoriano; 491 C. hondureño; 492 C. nicaraguense; 430 C. uruguayo; 385 C. italiano; 607 y 608 C. mexicano; 433 inc. IV, C. brasileño; 285 C guatemalteco; 451 C. C. suizo; 1890 C. alemán.

Art. 481. — Se abonarán al tutor los gastos debidamente efectuados por él aunque no hubieren producido utilidad al pupilo.

Los saldos de las cuentas devengarán, desde su clausura, intereses legales a favor y en contra de las partes.

Ver: arts. 471 C. francés; 353 C. de Luisiana; 464 C. argentino; 954 de Bibiloni; 543 Proyecto argentino de 1936; 424 C. chileno; 513 C. colombiano; 460 C. ecuatoriano; 491 C. nicaraguense; 494 C. hondureño; 427 C. uruguayo; 439 a 441 C. brasileño; 612 C. mexicano; 286 C. guatemalco.

Art. 482. — Contra el tutor que no dé cuenta justificada de su administración, o que fuere convicto de dolo o culpa, el menor o su representante tendrán derecho de estimar bajo juramento el perjuicio sufrido. Dentro de esa estimación, el juez podrá condenar al pago de la suma que considere arreglada a derecho.

Ver: 423 C. chileno; 461 C. argentino, 952 Bibiloni; 544 Proyecto argentino de 1936; 512 C. colombiano; 459 C. ecuatoriano; 485 C. nicaraguense; 493 C. hondureño; 428 C. uruguayo; 473 C. francés; 214 C. costarricense; 385 In fine C. italiano.

Art. 483. — Es nulo todo convenio celebrado antes o dentro de los treinta días de la rendición de cuentas, entre el tutor y el pupilo mayor o emancipado, sobre la administración de la tutela o el ajuste de aquella.

Ver: 472 C. francés, 388 C. italiano; 465 C. argentino; 426 C. urguayo; Goyena, art. 264; 955 Bibiloni y 545 Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO V

De los modos de acabarse la tutela

Art. 484. — La tutela se acaba:

1º Por muerte o incapacidad del tutor.

2º Por su excusación admitida por el juez, o su remoción, decretada por él.

3º Por fallecimiento del menor, por su mayoría de edad, o en virtud de su emancipación con la venia necesaria. Si ésta faltare, continuará bajo tutela la administración de los bienes, pero cesará respecto de la persona del emancipado.

4º En caso de declaración del presunto fallecimiento del menor, desde el día de la entrada de sus herederos en posesión de los bienes.

5º Desde que cesare la incapacidad del progenitor supérstite, o desde que se le hubiere reintegrado en la plenitud de la patria potestad.

6º Cuando se tratare de tutela especial, con el finiquito de la causa que la hubiere producido o con la extinción de los bienes a que ella estuviere limitada.

Ver: sobre los incs. 1º y 2º, art. 455 inc. 1º C. argentino; 946 inc. 1º de Bibiloni e inc. 1º y 2º art. 546 Proyecto argentino de 1936; art. 1772 incs. 2º y 3º del Esboço de T. de Freitas.
Sobre el inc. 3º, ver: 455 inc. 2º del C. argentino; 946 inc. 2º de Bibiloni; inc. 3º del art. 546 del Proyecto argentino de 1936; 278 C. español.
Sobre el inc. 4º ver: inc. 3º del 946 de Bibiloni e inc. 4º del 546 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente en el C. argentino.
Sobre el inc. 5º ver: inc. 4º del 946 de Bibiloni e inc. 5º del 546 del Proyecto argentino de 1936, con la substitución de la palabra "padre" del modelo por la locución "progenitor supérstite", porque siendo civilmente iguales por este Código los derechos de la mujer casada con los de su marido, bien podría ser ésta la que siendo viuda ejerza la patria potestad de sus hijos menores y en tal estado haya sido incapacitada por enfermedad para el desempeño de su ministerio.
Sobre el inc. 6º, ver: inc. 5º del 946 de Bibiloni e inc. 6º del 546 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente en el C. argentino.

Art. 485. — Serán separados de la tutela:

1º Los inhábiles para ejercer el cargo, desde que sobrevenga la inhabilidad.

2º Aquellos que no levanten inventario en los términos y formas dispuestos por este título, o no lo hubieran hecho fielmente.

3º Quienes no cuidaren de una manera satisfactoria de la salud, seguridad y moralidad del menor que tuvieren a su cargo, o de su educación e intereses.

Ver: Sobre el Inc. 1º: 457 inc. 1º C. argentino; art. 7º de la ley argentina Nº 10.903; e inc. 1º del 948 de Bibiloni; e inc. 1º del 547 del Proyecto de 1936.
Sobre el inc. 2º, ver: inc. 2º del 457 del C. argentino; inc. 2º del 948 de Bibiloni; e inc. 2º del 547 del Proyecto de 1936.
Sobre el inc. 3º, ver: inc. 3º del 457 del Código argentino; inc. 3º del 948 de Bibiloni e inc. 3º del 547 del Proyecto de 1936.

Art. 486. — En caso de muerte natural o presunta del tutor, sus albaceas y sus herederos mayores, deberá hacerlo saber de inmediato al juez y proveer entre tanto, a lo que exijan las circunstancias respecto de los bienes y persona del pupilo.

ver: 947 del Anteproyecto de Bibiloni; 548 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO VII

DE LA CURATELA

CAPITULO I

De la curatela de los incapaces

Art. 487. — Los sujetos a interdicción por enajenación mental o sordomudez, serán considerados como menores de edad en cuanto a su persona y bienes. Se les proveerá de un curador, a quien se le aplicarán las disposiciones relativas a la tutela.

Ver: arts. 468; 469 y 475 Código argentino; 489 C. francés; 424 C. italiano; 369 C. C. suizo; 1896 C. alemán; 382 C. de Luisiana; 314 C. portugués; 9º de las Disposiciones Transitorias del C. español; 456 C. chileno; 545 C. colombiano; 491 C. ecuatoriano; 509 y 510 C. hondureño; 330 y 331 C. nicaraguense; 431 y 432 uruguayo; 393 C. venezolano; 626 C. mexicano; 218 C. costarricense; 446 C. brasileño; 238 y 239 C. guatemalteco; 958 de Bibiloni y 549 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 488. — Los incapaces comprendidos en el artículo anterior conservarán la libertad, y sólo podrán ser recluídos o albergados en un asilo en virtud de resolución judicial, cuando fuere de temer algún daño para ellos o para terceros o lo exigiere su tratamiento médico.

Ver: 482, Código argentino; 959 de Bibolini y parag. 1º del 550 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 489. — El padre o la madre podrán designar curador a sus hijos perturbados mentales o sordomudos, en los mismos supuestos y bajo las mismas formas que las fijadas para la tutela.

Ver: 479 Código argentino; 960 de Bibiloni y 551 Proyecto argentino de 1936; 431 parág. 2º C. uruguayo; 623 C. mexicano; 562 C. peruano; 231 C. costarricense.

Art. 490. — Serán curadores legítimos:

1º El marido, de su esposa, y recíprocamente, si no estuvieren separados.

2º Los hijos legítimos varones mayores de edad, en cuanto al padre o madre viudos. Cuando hubiere más de uno, el juez elegirá al más idóneo. Las hijas legítimas mayores de edad podrán serlo en iguales casos que para la tutela.

3º El padre, o por su falta o incapacidad, la madre respecto de sus hijos legítimos solteros, o de los viudos que no los tuvieren en condiciones de ejercer la curatela.

4º Los hermanos y los tíos, y a falta de ellos las hermanas y las tías, que podrían ser tutoras.

?Sobre el Inc. 1º ver: 476 C. argentino; 961 Bibiloni, e inc. 1º del 552 del Proyecto argentino de 1936; 505 C. francés; 320 inc. 1º C. portugués, 339 y 400 C. de Luisiana; 424 C. italiano; 380 C. C. suizo; 1900 C. alemán; 462 inc. 1º C. chileno; 550 inc. 1º C. colombiano; 497 inc. 1º C. ecuatoriano; 342 inc. 1º C. nicaraguense; 516 inc. 1º C. hondureño, 441 C. uruguayo; 454 C. brasileño; 398 C. venezolano; 559 inc. 1º C. peruano.

Sobre el Inc. 2º, ver: 477 C. argentino; 293 del Proyecto de Goyena; 1821 y 1822 del Esboço de T. de Freitas; 962 de Bibiloni; inc. 2º del 552 del Proyecto argentino de 1936; 320 inc. 3º portugués; 462 inc. 2º C. chileno; 550 inc. 2º C colombiano; 497 inc. 2º C. ecuatoriano; 515 inc. 2º C. hondureño; 342 inc. 2º C. nicaraguense; 454 inc. 2º C. brasileño; 442 parág. 1º C. uruguayo.

Sobre el Inc. 3º, ver: 478 C. argentino; 963 de Bibiloni; e inc. 3º del art. 552 del Proyecto argentino de 1936; 293 del Proyecto de Goyena; 462 inc. 3º C. chileno; 550 inc. 3º C. colombiano; 497 inc. 3º C. ecuatoriano; 342 inc. 3º C. nicaraguense; 515 inc. 3º C. hondureño; 559 inc. inc. 2º C. peruano; 442 parág. 2º C. uruguayo; 398 parág. 2º C. venezolano.

Sobre el Inc. 4º, ver: arts. 964 de Bibiloni; inc. 4º del 552 del Proyecto argentino de 1936; 462 inc. 5º C. colombiano; 497 inc. 5º C. ecuatoriano; 516 inc. 6º C. hondureño; 342 inc. 6º C. nicaraguense.

Art. 491. — Siempre que el incapaz tuviere hijos menores, el curador de aquél será también tutor de éstos. Si la curatela fuere de una mujer en cinta, la tutela se extenderá al hijo concebido.

Ver: 480 C. argentino; 966 de Bibiloni; 553 del Proyecto argentino de 1936; 296 del Proyecto de Goyena; 440 C. uruguayo; 570 C. peruano; 329 C. portugués; 458 C. brasileño.

Art. 492. — Cesará la curatela por la providencia judicial que levante la interdicción y en los demás casos del art. 485.

Ver: 484 C. argentino; 968 de Bibiloni; 555 Proyecto argentino de 1936; 512 C. francés; 336 C. portugués; 407 C. de Luisiana; 468 C. chileno; 556 C. colombiano; 503 C. ecuatoriano; 361 C. nicaraguense; 521 C. hondureño; 605 C. peruano; 449 C. uruguayo; 407 C. venezolano.

CAPITULO II

De la curatela de bienes

Art. 493. — Se dará curador a los bienes en los casos autorizados por este Código. Si hubiere designación en el testamento, o parientes idóneos del principal interesado, dentro de los límites que señala el art. 451, ellos serán preferidos, pudiendo, ser varios, cuando lo exigiere la naturaleza de la administración.

Ver: arts. 485, 486 C. argentino; 971 de Bibiloni; 556 del Proyecto argentino de 1936; 451 y 542 C. uruguayo; 473 a 481 C. chileno; 561 a 569 C. colombiano; 508 a 516 C. ecuatoriano; 535 a 542 C. hondureño; 377 C. nicaraguense; 590 a 595 C. peruano; 463 C. brasileño.

Art. 494. — Cuando el difunto dejare herederos no domiciliados en la República, el curador será nombrado con arreglo a los tratados ajustados con los países a que aquéllos pertenezcan.

Ver: 487 C. argentino; 972 Bibiloni; 557 Proyecto argentino de 1936; 482 C. chileno; 570 C. colombiano; 517 C. ecuatoriano; 378 C. nicaraguense; 543 C. hondureño; 453 C. uruguayo.

Art. 495. — Los curadores de bienes, sin perjuicio de las limitaciones fijadas a los tutores, sólo podrá ejercer actos de mera custodia y conservación y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

Les coresponde así mismo, entablar las acciones y hacer valer las defensas judiciales de su representado. Los acreedores con preferencia los bienes sometidos a la curatela, podrán dirigir sus demandas contra dichos representantes.

Ver: arts. 488 y 489 C. argentino; 974 y 975 de Bibiloni; y 558 del Proyecto argentino de 1936; 487 y 490 C. chileno; 575 y 578 C. colombiano, 522 y 524 C. ecuatoriano; 546 y 548 C. hondureño; 382 y 385 C. nicaraguense; 454 y 456 C. uruguayo.

Art. 496. — La curatela de bienes termina por la extinción de los mismos, por haber cesado la causa que la motivó, o por la entrega de aquéllos a su verdadero dueño.

Ver: 490 C. argentino; 976 de Bibiloni; y 559 del Proyecto argentino de 1936.

LIBRO SEGUNDO

SECCION PRIMERA

PARTE PRIMERA

DE LOS HECHOS Y ACTOS JURIDICOS

TITULO I

CAPITULO I

De los hechos

Art. 497. — Los hechos de que se trata en esta parte del Código son todos los acontecimiento productivos de alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de una relación jurídica.

Al trasladar aquí la teoría legal de los Hechos y Actos Jurídicos, entendemos satisfácer una necesidad lógica. Su desubicación en el Código argentino, después del desarrollo del Derecho de las Obligaciones, es evidente, pues, vale tanto como poner la carreta delante de los bueyes.

Las obligaciones, cualesquiera sean sus fuentes sólo pueden explicarse como desarrollo, y no como antecedentes de los Hechos y Actos Jurídicos.

Hecha esta observación, aclaramos que comparada esta parte del Código argentino, directamente inspirada en el Esboço de Teixeira de Freitas, con la parte pertinente del Anteproyecto de Bibiloni (arts. 262 y ss) y el Proyecto argentino de 1936 (arts. 132 y ss), preferimos ceñirnos en lo más que se pueda al texto literal del Código, por encontrarlo sin los defectos que en él señalaron tanto Bibiloni, como la Comisión argentina de Reformas del Código.

Así, por ejemplo, la supresión del art. 896 del Código, auspiciada por el autor del Anteproyecto a pretexto de su carácter puramente doctrinal, más propio de la preceptiva de un Tratado, que de un Código (ver autor y opus cts. t. I, pág. 67, edición Kraft), no merece nuestra adhesión.

Es de perogrullo la verdad de que un Código no es una obra didáctica estructurada sobre la base de nociones abstractas enunciadas en d e f i n i c i o n e s. Mas, con todo, se debe convenir que esta verdad general, cede en Derecho a la necesidad de conferir valor legal a ciertos principios elementales para no exponerlos a las arduas controversias a que todo rudimento del Derecho se halla expuesto. Viene de aquí que más de un Código pueda ser notado de abundar en definiciones puramente didácticas, como por ejemplo los arts. 12, 2535 y 2536 del C. portugués; los arts. 3º, 8º, 1123, etc., del C. francés; los arts. 74 a 80 del C. brasileño el 263 del propio Anteproyecto y el 133 del Proyecto de 1936.

Trasegado nuestro art. 497 del 896 (C. argentino) y éste a su vez del art. 431 del Esboço de Teixeira de Freitas, no necesita otra justificación que la expuesta por este jurisconsulto en la apostilla con que ilustró su art. 431. Dice él allí haber al principio discrepado con algunos escritores que incluían los Hechos entre los elementos: **Hechos Jurídicos y Actos Jurídicos**, de que tratan en la parte general de las materias del Derecho Civil, pero que posteriormente vino a la convicción de que sin este método será imposible exponer con verdad la síntesis de las relaciones de Derecho Privado y evitar un gravísimo defecto de que se resienten todos los Códigos, con excepción únicamente del de Prusia.

"**Los hechos de que se trata en esta parte del Código**", agrega T. de Freitas, no son los **hechos** como objeto de derechos, sino únicamente de los **hechos** como causa productora de derechos. Siguiendo a Savigny, agrega que: los **hechos**, objeto de derechos y de los actos jurídicos, son siempre actos humanos, positivos o negativos, acciones u omisiones. Los **hechos**, causa productora de derechos pueden ser actos humanos y pueden ser también hechos exteriores en que no tiene parte la voluntad. Sin **hechos** que engendren derechos, he aquí el pensamiento fundamental de nuestro artículo, y de la presente Sección, no puede existir derecho alguno en el sentido en que el Proyecto reglará los derechos en la Parte Especial; existen solamente **personas**, existen entes preparados para adquirir tales facultades, ya sea por su actividad como por su pasividad. Tenemos ahí por consiguiente, los dos elementos **personas-hechos**. Pero como gran parte esas facultades propenden a las **cosas** y al fin en las **cosas** quedan radicados, este tercer elemento completa el sistema del movimiento de la vida civil (ver autor y opus cit. t. I, pág. 221 y ss.; Savigny, Sistema, t. II, Cap. III, parág. CIV, pág 141 y ss., versión castellana de Mesía y Poley; Maynz, t. I, parág. 119 y nota de Vélez Sarsfield al art 896 del Código).

Conocidos estos antecedentes, resulta incomprensible la proyectada supresión del art. 896 del Código argentino, y menos inteligible que esbozando este mismo Capítulo la Comisión argentina de Reformas del Código haya desdeñado los **hechos** y pasado a tratar directamente de los Actos voluntarios, definidos en el art. 132 de su Proyecto con los ingredientes de los arts. 897 y 899 del Código, que tratan de los **Hechos** humanos fuentes de derechos.

Hecho y Acto son nociones distintas, siquiera tan íntimamente vinculadas que la segunda no se concibe sin

la primera, con el agravamiento de que, a estar a las discriminaciones de Bonnecase, el hecho, en un sentido especial, sea opuesto a la noción del acto jurídico, de donde viene la imposibilidad de conferir al acto jurídico el sentido que se le atribuye por el art. 132 del Proyecto argentino de 1936, sin su antecedente inmediato: el hecho en sí.

Sabido es lo que a este propósito enseña Bonnecase, cuando, explicando esta materia, distingue el hecho en su sentido general y en su sentido especial. En el primero sería "un acontecimiento engendrado por la actividad humana o puramente material tomado en consideración por el derecho para hacer derivar de él, en contra o en provecho de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente o, por el contrario, un efecto limitado de derecho", como por ejemplo, la siembra, la plantación o edificación en finca propia, con semillas, plantas o materiales ajenos; el empleo útil del dinero en cosa ajena y los gastos funerarios de otra persona. En el segundo, y por oposición al acto jurídico, el hecho sería "un acontecimiento puramente material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, generadoras de situaciones o de efectos jurídicos, fundadas en una regla de derecho, cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones, no han podido tener o no han tenido ningún deseo de someterse por ocasión de ellas al imperio del derecho", tales por ejemplo, el cuasi-contrato y el cuasi-delito de la terminología clásica.

A estar a la doctrina del mismo autor, el acto jurídico sería "una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundada en una regla de derecho, en contra o en provecho de uno o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o por el contrario, un efecto limitado de derecho que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho".

Como lo hemos explicado en nuestro Tratado de las Obligaciones, la clasificación de Bonnecase se halla virtualmente incorporada al Código argentino, con la sola diferencia de que en tanto la doctrina de T. de Freitas, inspirada en la de Savigny y Ortolán, atribuye directamente a la voluntad una fuerza vinculativa inmediata, la de Bonnecase explica este fenómeno como obra mediata de la voluntad autónoma del sujeto e inmediata de la ley, de modo que la voluntad viene a ser de esta suerte una "condición" para que la regla de derecho actúe con el objeto de crear un estado o una situación jurídica. El art. 896 del Código de Vélez corresponde a la noción del hecho jurídico en su sentido especial, y el art. 897 a la misma noción en su sentido general (ver: De Gásperi, opus, cit. t. I, Nºs 150 a 154, pág. 123 y ss.).

La doctrina germana acerca de esta materia, explicada por Enneccerus, no es otra que la expuesta por Bonnecase, al distinguir el "supuesto de hecho" (tatbestand) del "hecho jurídico", que es su principal elemento.

El "supuesto de hecho" es el conjunto de requisitos, a que el ordenamiento jurídico condiciona un efecto jurídico, o sea el nacimiento, la extinción o la modificacióón de una relación de derecho. Estos requisitos abstractos (factores singulares del supuesto de hecho) pueden ser acontecimientos (por ejemplo, la declaración de transmisión por parte del tradente), estados (por ejemplo, el deterioro o destrucción de la cosa de otro; el perjuicio por reparar que comprende también el lucro cesante; la perturbación de la posesión por hecho ilícito; la intervención de un tercero en la propiedad ajena cuando ella sea necesaria para evitar un peligro actual); y además pueden ser de naturaleza positiva (presentación de una demanda) o negativa (olvido de un plazo, omisión).

El **hecho jurídico** es, según el mismo autor, un hecho que tiene importancia o eficacia jurídica, o aquél que, por sí o junto con otros, determina un efecto jurídico. Los hechos jurídicos son de una variedad extraordinaria. Los más importantes son los actos humanos, que se componen de la vida del espíritu y de hechos externos (por ejemplo, la voluntad y la declaración de voluntad). La mera actitud anímica de un hombre, como el saber o el no saber (decisivos en la buena o mala fe); el conocimiento, el estar de acuerdo, determinan efectos jurídicos. Son igualmente jurídicos los hechos meramente exteriores, como el nacimiento, la muerte el transcurso del tiempo, la destrucción de las cosas (ver autor cit. Derecho Civil — Parte General, t. II, parág. 127, pág. 5 y ss.).

La inclusión del **hecho jurídico** por este autor como elemento principal del "**supuesto de hecho**" conduce a considerar la oferta y su aceptación como meras condiciones del efecto jurídico de la vinculación de los contratantes, de suerte que siendo así, para Ennecerus la voluntad carece de la fuerza vinculativa que el derecho tradicional le atribuye, en cuanto sería inane si el ordenamiento jurídico no le confiriese el efecto de someter a las partes a la obligación de cumplir sus estipulaciones. La ley vendría a ser así la verdadera fuente de las obligaciones contractuales. Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico, dice Enneccerus, media la relación lógica de fundamento y consecuencia. Evidente es así la influencia germana en la doctrina de Bonnecase.

Teixeira de Freitas que bebía su información en la obra de Savigny atribuía al **hecho en general** la calidad de antecedente lógico de los **Hechos voluntarios**, los cuales a su vez, lo son de los **Actos Jurídicos**, y de los **Actos Ilícitos**, como elementos de los derechos, o causa creadora (ver **Esboco**, t. I, pág. 222, versión castellana). Esta concepción del hecho jurídico sólo es distinta en un matiz de la expuesta por Bonnecase y Enneccerus, porque entre ambas no va más distancia que la que puede haber entre "**causa creadora**" y su efecto el derecho, y "**fundamento**" del **efecto** que es su consecuencia.

Una modificación de la redacción original del art. 896 del C. argentino se advertirá en nuestro proyectado art. 497 por la substitución de la locución: "**suceptibles de producir**" por "**productivos de**", fundada en que ningún hecho puede ser tomado en consideración por el derecho porque sea potencialmente capaz de producir alguna adquisición, modificación o extinción de una relación jurídica, si ninguno de estos efectos se producen de verdad. La entrega de una cosa mueble a un tercero, es un hecho, pero si ella es efectuada **sin la intención de transferir su posesión**, no valdrá por tradición, sobre todo si no tiene lugar en virtud de un título o causa. Si la sola entrega material de la cosa constituyera tradición, un hombre que tuviera paralizados los brazos no podría llevarla a cabo. Bien dice a este propósito Ihering que lo "que hay de jurídico en la tradición reside únicamente en la declaración del consentimiento a la aprehensión del acreedor" (ver autor cit. **Etudes Complementaires de L'Esprit du Droit Romain**, t. V a IX, Nº 2, pág. 80 y nuestro Tratado de las Obligaciones, t. I, Nº 149, pág. 121 y ss.).

También substituímos las palabras: "**los derechos u obligaciones**" por "**una relación jurídica**", como noción más general de toda relación nacida en el campo de la voluntad libre, sin consideración a derechos u obligaciones determinados.

Art. 498. — Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, si son ejecutados con discernimiento, nitención y libertad.

Ver: arts. 897 C. argentino; 434 T. de Freitas; 262 de Bibiloni; 132 Proyecto argentino de 1936.

También en este caso reproducimos literalmente el 897 argentino, directamente inspirado en el 434 de T. de Freitas, y restablecido en el 262 del Anteproyecto de Bibiloni con levísimas enmiendas, pero fundamentalmente alterado en el 132 del Proyecto de 1932, por el inexplicable cambio de la palabra: "hechos" por "actos", como si la gradación conceptual de Hechos en general, Hechos voluntarios, Actos jurídicos y Actos ilícitos, que según T. de Freitas constituye "la síntesis completa de la teoría de los hechos" correspondiese en derecho a una arbitraria asociación de ideas destituída de sentido.

No se nos escapa el carácter doctrinal de nuestro art. 498, argumento a favor del cual Bibiloni desalojó de su Anteproyecto el art. 896 del C. argentino, sin perjuicio de trasegar a su obra el 897, tan abstracto como el anterior. Mas, como ya lo hemos dicho en la apostilla al artículo precedente, no es posible prescindir en la compilación de un código del empleo de palabras y locuciones abstractas, como por ejemplo la idea del conocimiento en los arts. 130, 384, 108, 409, 568, 561, 852, 1350, 1424, 1682 etc., del Código alemán, modelo en su género, desde su promulgación.

Tampoco es de negar que los tres elementos del hecho voluntario: el discernimiento, la intención y la libertad, corresponden a la concepción psicológica de la teoría volitiva en que se inspira todo el Derecho tradicional de los pueblos latinos de la Europa central y de sud-América.

Esos elementos no han venido arbitrariamente al Derecho. Son tres columnas sobre las cuales se asienta la explicación de la capacidad de obrar del agente del hecho o del acto jurídico; de la fuerza reflexiva que, con el nombre de intención, imprime movimiento, dirección y limitación a la voluntad, y gracias a la cual el acto cobra un sentido(por lo que Josserand la ha elevado a la dignidad de la causa finalis de los glosadores y postglosadores); y por último de ese elemento psicológico de la voluntad que con el nombre de libertad es definida por Ihering como "la esencia del mundo moral", cuya supresión por la coacción injusta o la violencia física, aniquila la personalidad del agente y reduce a éste a la condición de un pelele.

Abundan juristas que disfrutando de los beneficios de la teoría volitiva, abjuran inexplicablemente de ella y preconizan el abandono de la concepción psicológica de sus grandes principios, acaso porque prefieren como Rover que la declaración emitida por una persona capaz produzca efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha querido o no realmente, tal como lo preconiza la Willenserklarungstheorie, tan controvertida a punto de no haber logrado un sitio vital en el propio Código alemán que la admite con importantes derogaciones, como la teoría del error, que por cierto, es esencialmente psicológica.

La teoría de la declaración fue concebida con mira a restaurar en el Derecho moderno la naturaleza abstracta de la estipulación romana, obligatoria por la mera apariencia de su forma, como lo es la moneda por la sola impronta de su sello, sin conexión alguna con la intención del agente. Con ella no se ha logrado progreso alguno en la seguridad de las transacciones o negocios jurídicos, porque si la teoría volitiva ampara al declarante, en cuanto le permite atacar el acto opuesto a él, por vicios de su voluntad, la teoría de la declaración protege al destinatario y deja indefenso al declarante, puesto en el riesgo de soportar el daño derivado de errores fortuitos e inevitables, y de someterse incondicionalmente aun al esquema vacío de una declaración, por viciada que sea. Lapidaria resulta así la reflexión de Célice, expresada al cabo de un exhaustivo examen de ambas teorías, en estos términos: "No estamos dispuestos a aceptar una concepción que destruye toda relación entre el acto jurídico y su autor, ni a admitir que un acto maquinal, la producción de un sonido, el trazado de algunas líneas, pueda tener un determinado valor, y que la voluntad del hombre no tenga ninguno. No estamos suficientemente habituados a doblegarnos bajo el peso de una disciplina social para aceptar este aniquilamiento de nuestra individualidad" (autor cit. El Error en los Contratos, pág. 25, versión castellana de Camargo y Marín).

Han de bastar estos antecedentes para desahuciar de nuestro Derecho todo intento de abolir los principios en que se inspira la protección de la voluntad en la formación del acto jurídico, y substituirlos por una concepción objetiva que confiere mayor valor a lo que Geny ha llamado "apariencias", que a la voluntad interna, la voluntad real del declarante.

Art. 499. — Los hechos voluntarios son lícitos o ilícitos. Son actos lícitos las acciones voluntarias no prohibidas por la ley, de que puede resultar alguna adquisición, modificación o extinción de derechos.

Ver: art. 435 del Esboço de T. de Freitas; 898 C. argentino. Tampoco en este caso nos avenimos a la supresión de este precepto, tal como Bibiloni lo ha omitido en su Anteproyecto y la Comisión argentina de Reformas del Código en su Proyecto de 1936. Una vez más se ofrece así un precepto legal de índole doctrinal que, por mucho que se aproxime a la definición de un Tratado, no carece de importancia en un Código, en cuanto torna indiscutible la caracterización del acto voluntario lícito y por inferencia la del acto voluntario ilícito, siquiera a estar al texto escueto de nuestro artículo pareciese que bastara que el hecho fuese prohibido.

La prohibición de la ley es, sin duda, el primer elemento del hecho ilícito, su elemento objetivo: ser contrario al derecho, tal como lo estatuyó la Ley Aquilia al exigir que el daño ocasionado a otra sea "injuria da tum", y así también lo preceptua el art. 1066 del C. argentino.

Su segundo elemento es la imputabilidad. Es el elemento subjetivo del hecho ilícito. Si el daño causado injustamente a otro no pudiera atribuirse al autor del hecho, como en los casos fortuitos o de fuerza mayor el daño no generaría responsabilidad. Mas, para esta imputación es menester que el autor del hecho sea capaz de discernimiento, condición esencial para que el hecho se repute voluntario. Se reputan involuntarios los hechos ilícitos de los menores de diez años; de los enajenados mentales y de los que por cualquier accidente están sin uso de razón, tal como lo disponen los arts. 921 y 1070 del C. argentino. La voluntariedad del daño configura la culpa del agente, concebida la culpa cuasi-delictual como un error de conducta en que una persona prudente colocada en las mismas circunstancias externas del autor del hecho, no habría incurrido (ver: Henri y León Mazeaud, Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civile, t. I, Nº 439, pág. 489; y art. 1383 del Anteproyecto de Bibiloni).

Tercer requisito del hecho ilícito es el daño, tal como lo preceptúan los arts. 1067 a 1069 del C. argentino, de donde viene lo dispuesto por el art. 1109 del mismo Código, según el cual: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio".

Ardua y delicada, como es la caracterización del hecho ilícito, bien está en su sitio el art. 898 del C. argentino con cuya supresión no podemos convenir, razón por la cual lo trasegamos al 499 de este esbozo, como antecedente inmediato y lógico de los preceptos que más adelante se consagrarán a la regulación de la responsabilidad por culpa cuasi-delictual y delictual.

En su oportunidad hemos de tratar de la culpa contractual a que se refiere el art. 511 y definida por el 512 del C. argentino.

Art. 500 — Cuando los actos lícitos no tuvieren por fin inmediato alguna adquisición, modificación o extinción de derechos, sólo producirán este efecto en los casos en que fueren expresamente declarados.

Ver: art. 899 C. argentino y su fuente el 436 del Esboço de T. de Freitas, reproducido en el 263 del Anteproyecto de Bibiloni y el 133 del Proyecto argentino de 1936. Sirva de explicación de este precepto la nota de Vélez Sarsfield al 899 de su Código, igual a la apostilla de T. de Freitas al 436 de su proyecto. Son hechos, dice éste de los que derivan los derechos y las obligaciones de los cuasi contratos, y también —agregamos— lo que configuran casos de enriquecimiento injusto, como los contemplados en los arts. 2587 a 2593 del C. argentino.

Art. 501. — Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, no producen por sí obligación alguna.

Ver: art. 990 C. argentino; 3 del C. de Prusia. Dado lo estatuído en el art. 498 de este esbozo, podría creerse que el presente es supérfluo, tal como presumiblemente lo creyeron Bibiloni y la Comisión argentina de Reformas del Código, al omitirlo el primero en su Anteproyecto y la segunda en el Proyecto de 1936. Nosotros, empero, no compartimos este escrúpulo meramente literario, porque una cosa es que se utilicen los tres citados elementos psicológicos de la voluntad jurídica para caracterizar los **"hechos voluntarios"** y otra que se los invoque para negar todo efecto a los hecho cumplidos con la falta de cualquiera de dichos factores de la volición. Tampoco estorban a la economía general del Código. A falta de una definición legal de la voluntad jurídica, permiten configurarla. Y tan importante son que en la propia Argentina son objeto de estudios profundizados, como el que Henoch D. Aguiar le ha dedicado, como lo medular de su obra sobre **"La Voluntad Jurídica"**, págs. 52 a 95.

Art. 502. — Las consecuencias previsibles de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código **consecuencias inmediatas.** Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman **consecuencias mediatas.** Las consecuencias mediatas que no puedan preverse se llaman **consecuencias casuales.**

Ver: art. 901 C. aregentino; 6º del Código de Prusia. También este precepto ha sido desechado por Bibiloni y por la Comisión argentina de Reformas del Código. A lo que parece, y así se infiere de la larga nota de Bibiloni al art. 1385 de su Anteproyecto (t. II, pág. 229, edición Kraft), sufrió él un sensible obscurecimiento de sus ideas —tan claras y valiosas en gran parte de su obra— bajo la influencia de Koch, comentador del Código Prusiano, al concluir que, por ser el art. 901 del C. argentino reproducción del 6º del C. Prusiano, la responsabilidad del autor del hecho ilícito no tiene limitación en la cadena causal, en cuanto su demarcación depende de la accidental individualidad del juez. "El sistema de nuestro Código dice Bibiloni, es, pues, aun más duro y persecutorio que el prusiano. Haya designio o haya culpa, se responde por todo daño, previsto o imprevisto, y sin límite. Hasta el fin de la cadena. Hasta que el juez se canse de buscar anillos para forjarlos".
Sin ahondar profundamente el acierto de este juicio, lo mencionamos en nuestro **Tratado de las Obligaciones** (t. I, Nº 775, pág. 738). Tal el respeto que nos inspiraba el esbozo de Bibiloni. Mas dada a la estampa en 1952 —7 años después— **"El Daño Resarcible"** de Alfredo Orgaz, hemos venido a la convicción de que valía la pena leer con cuidado la mencionada apostilla de Bibiloni al art. 1385 de su Anteproyecto para caer en la cuenta de su falibilidad. Ocupándose Orgaz de dicha apostilla dice: "Bibiloni, en la extensa nota al art. 1385 de su Anteproyecto, confunde notablemente la materia. Junto a una crítica fundada contra los autores que en materia de causalidad siguen la teoría de la equivalencia de condiciones, pretende que por nuestro Código el autor de un acto ilícito responde también, en principio, de las consecuencias puramente casuales, lo que le lleva a afirmar que "El sistema de nuestro Código es, pues, aun más duro y persecutorio que el prusiano" (ver autor y opus cit. nota 34, pág. 157).
A esta conclusión pudo llegar Bibiloni por estimar que el agente debe responder aun de las consecuencias **casuales** —que son **mediatas**— si las tuvo en mira, es decir si las previó, tal como lo sostienen Aguiar en el Nº 103 de **"La Voluntad Jurídica"** y Salvat, en su **Tratado —Parte General**, Nº 1608, pág. 196 de la 9ª edición.
Orgaz, que en sus **"Estudios de Derecho Civil"**, pág. 90, nota 31, había prestado su adhesión a esta interpretación del art. 905 del C. argentino, ha tenido la honradez de rectificarse en su monografía sobre **"El Daño Resarcible"**, como lo confiesa en la nota 38 de la pág. 84.
"Como la distinción de las consecuencias, —agrega Orgaz— o sea el juicio de probabiliad, se hace en abstracto y no en concreto, ellas se definen por lo que era o no previsible, en general, y no por lo que previó o dejó de prever el agente en particular. La previsión concreta de las consecuencias casuales —o el hecho de haberlas tenido en mira el agente— no quita que tales consecuencias sean casuales, si no eran, en general, las que debían resultar del curso natural y ordinario de las cosas; como la imprevisión también concreta del agente no impide que sean **"mediatas"** las consecuencias que podían preverse, en general, **"empleando la debida atención y conocimiento de las cosas"** (art. 904)".
Hecha esta aclaración, y por referencia a la clasificación legal de las consecuencias, según su mayor o menor normalidad o previsibilidad en relación al acto, presta nuestro autor su adhesión a las reglas del Código, según las cuales: las consecuencias inmediatas son siempre imputables al autor del hecho (art. 903), lo que es, desde luego, inobjetable, ya que aquí se presenta la **"adecuación"** en su máxima pureza; las mediatas se imputan asimismo al agente, en cuanto previsibles (art. 904), esto es, normales según el curso natural y ordinario de las cosas. Por el mismo fundamento, —agrega— las consecuencias casuales no son imputables al autor del acto, desde que lo **"casual"**, por definición, es lo que ocurre anormalmente y, por lo mismo, no es previsible (art. 905).
Han de bastar estas consideraciones para aquilatar la importante función atribuída al art. 901 del C. argentino que con un pequeño agregado trasegamos al 502 de este Código, en cuanto permite al Juez estimar el cuanto del daño ocasionado por el hecho ilícito y los límites de la responsabilidad del agente, sin incurrir en arbitrariedad. Tarea es ésta de las más delicadas a cargo de los jueces y tribunales, y lo sería en mayor grado si por ausencia en la ley de normas reguladoras de esa responsabilidad se la librase al arbitrio judicial. Tales son las razones que abonan la subsistencia del art. 901 del C. argentino bajo la forma del 502 de este esbozo, como también de los preceptos siguientes, todos de caracter doctrinal y de singular importancia en esta materia.

Art. 503. — Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

Ver: arts. 9 del Código de Prusia y 902 del C. argentino. Ver lo que acerca de este precepto explicamos en el t. I, Nº 777, pág. 741 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y Orgaz **In opus cit.** pág. 85. Con todo, tanto Bibiloni en su Anteproyecto, como la Comisión argentina de reformas del Código omitieron este precepto.

Art. 504. — Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de ellos.

Ver: arts. 903 y 520 del C. argentino. Amplia es la esfera de su aplicación, así en el orden contractual como extracontractual. La imputabilidad es una consecuencia de la noción de culpa extracontractual concebida como un error de conducta, tal como la definen Henri y León Mazeaud, y así lo explicamos en nuestra apostilla al art. 499 de este Código. Los hechos libres que dice el precepto, son los hechos voluntarios, cumplidos con discernimiento, intención y libertad, razón por la cual el agente debe responder de sus consecuencias con la indemnización del daño, salvo los hechos cumplidos por menores de diez años, los enajenados mentales y los que por cualquier accidente hubieren perdido el uso de su razón, irresponsables, como son, por falta de discernimiento, que es la facultad que nos permite distinguir el bien del mal y medir las consecuencias de nuestras acciones. Viene de aquí que por Derecho se considere que todo hombre en posesión de sus facultades conoce sus deberes legales y morales, de suerte que si los viola, no puede eludir su responsabilidad so color de haberlos ignorado. Para incurrir en esta responsabilidad basta con exponerse libremente al riesgo de infringir cualquiera de esos deberes. Tal es la culpa llamada involuntaria, caracterizada por la creación imprudente del riesgo, evitable y previsible (ver Savatier, **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Francais**, t. I, Nº 162, 163. 207; Esmein in Planiol y Ripert, **Traité Pratique de Droit Civil Francais**. t. VI — Obligations, Nº 517, pág. 710). De aquí que la más leve culpa comprometa la responsabilidad del agente. **In lege Aquilia et culpa lavissima venit.** (ver Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. IV, Nº 2862),

Art. 505. — Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Ver: art. 904 C. argentino y 1º C. de Prusia. También omitido por Bibiloni y por la Comisión argentina de Reformas del Código.
Basta así que las consecuencias hayan sido previsible para que el agente no pueda exculparse por no haberlas previsto. La previsión, presumible en todo hombre libre, puede ser obnubilada por un error excusable o legítimo, como en el caso del cirujano traído a cuento por Savatier. Sabe éste que es deber suyo no abrir el vientre de un hombre sano. Mas por error excusable cree él que su operado es enfermo. Careciendo el agente, dice nuestro autor, de la posibilidad de conocer el deber que infringía, queda exento de culpa (ver autor y opus cits. t. I, Nº 162, pág. 267).
La verdad es que, aun en los más reputados hospitales, dotados de los más modernos instrumentos de investigación y atendidos por profesionales eminentes, no se descarta la posibilidad de un error de diagnóstico que pueda inducir una operación frustránea, debido, por ejemplo, a una sombra sospechosa aparecida en la radiografía de un órgano vital alojado bajo espesas capas de tejidos de la respectiva zona del cuerpo humano.
Era previsible, incluso al profano, que para su restablecimiento habría el operado de guardar largos días de quietud en cama, como consecuencia mediata de la operación. No hay duda que estas consecuencias son imputables al autor del hecho. Mas como el error excusable suprime toda intención, mal puede imputársele la responsabilidad por el daño que así ha podido ocasionar al hombre sano. He aquí, empero, que este operado contaba con obtener pingues ganancias de un negocio en trance de perfeccionarse por su aceptación al tiempo en que fue recluído en la sala de operaciones y a cuya urgencia cedió, angustiosamente constreñido por los graves síntomas arrojados en el examen radiológico de su vientre. La pérdida así sufrida, está, sin duda, en la cadena causal, pero que de ningún modo puede imputársele al cirujano, porque aun empleando la debida atención científica al caso operatorio que se le ofrecía, no ha podido preverla, y menos bajo la acción del error involuntario causádole por el examen radiológico.

Art. 506. — Las consecuencias casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutarlo.

Ver: art. 905 C. argentino y 11 y 12 del Código de Prusia. Igualmente omitido por Bibiloni y por la Comisión argentina de Reformas del Código. Ver lo que sobre el art. 905 explicamos en los números 203, 774, 1295 y 1303 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Casual es lo imprevisto, lo fortuito e inopinado, de suerte que aun estando en la cadena causal, no es imputable al autor del hecho, a menos que éste lo hubiera realizado con intención manifiesta de que aun lo impensado para los terceros se produjese de conformidad con sus miras.

Art. 507. — Son imputables las consecuencias casuales de los hechos reprobados por las leyes, cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho.

Ver: art. 906 C. argentino y 13 y ss., del C. de Prusia. Establece este precepto una excepción al principio de la no imputabilidad de las consecuencias casuales de los hechos ilícitos.
Discrepan los doctrinadores argentinos sobre los alcances de la reparación debida por las consecuencias casuales y perjudiciales del hecho ilícito. Mientras Salvat, Parte General, t. II, Nº 1608, 9ª edición; Bibiloni, Anteproyecto, nota al art. 1385; Galli, **Responsabilidad Civil por delitos Penales**, paráq. 16, y Colombo, Culpa Aquiliana, afirman que el autor de un hecho ilícito responde por todas las consecuencias casuales derivadas de su acto, Orgaz, **opus cit.** pág. 87 sostiene lo contrario porque, de ser exacta tal afirmación, no se explicaría —agrega— que en el artículo inmediatamente anterior el código, hubiese establecido el principio contrario, el de la inimputabilidad de las consecuencias casuales (art. 905 primera parte). Si el art. 906 tuviese aquel significado vendría a establecer la imputabilidad del caso fortuito como regla general en los actos ilícitos, lo cual es contrario a toda la doctrina jurídica, sin duda, y al sentido común. Además, dice nuestro autor, del propio texto del art. 906 resulta que él no dispone para todos los supuestos, sino solamente para uno concreto y especial, "cuando la casualidad de ellas ha sido perjudicial por causa del hecho". Y en la nota agrega: "Ya se sabe que "cuando" es un adverbio de tiempo, y señala un momento, una oportunidad, u ocasión concretos". Como en el Nº 775 de nuestro Tratado de las Obligaciones, influídos por Bibiloni, sostuvimos que el art. 906 del C. argentino consagra el sistema de la 'reparación integral" del C. prusiano, debemos hoy rectificar ese sensible error.

Art 508. — Cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido.

Ver: arts. 907 C. argentino; 3456 del Esboco de T. de Freitas; 264 Anteproyecto de Bibiloni. Ver igualmente lo que dejamos explicado acerca de este precepto en los parágrafos 765 y 1156 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 509. — Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituído un derecho especial al efecto.

Ver: art. 910 C. argentino; 26 C. de Prusia; 266 de Bibiloni; 134 del Proyecto argentino de 1936. Este precepto es, por referencia a las obligaciones contractuales, paralelo al principio de la libertad civil, rector de las obligaciones legales, según el cual, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohibe, consagrado por el art. 53 del C. argentino y 8º del presente Código respecto de la capacidad de derecho y de hecho del hombre. Siendo el contrato la ley privada de las partes, ocioso es que éstas puedan estipular libremente las restricciones de su libertad de obrar, con tal de no subvertir por sus convenciones las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. Así, pues, y en el orden contractual nadie puede exigir de otro una prestación sin haberse constituído un derecho especial al efecto, tal como lo dejamos explicado en el Nº 227 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Omitimos los dos artículos precedentes al 910 del C. argentino. El art. 908 por superfluo, pues, los derechos de los perjudicados por los hechos ilícitos de los menores de diez años y de los enajenados mentales, a una justa indemnización, materia es cuya regulación corresponde al Título reservado a las Obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos. Y el art. 909 es contradictorio no sólo con el 902 del C. argentino, sino también con el 512 del mismo cuerpo legal, como lo dejamo explicado en el Nº 766 de nuestro Tratado de las Obligaciones. En esto coincidimos con la Comisión argentina de Reformas del Código, y nos apartamos del Anteproyecto de Bibiloni, que en su art. 265 reproduce el 909 del C. argentino.

Art. 510. — Nadie que no esté facultado por la ley para dirigir la conducta o acciones de un incapaz puede obligar a otro a abstenerse de un hecho porque éste pueda ser perjudicial al que lo ejecuta, sino en el caso en que una persona obre contra el deber prescripto por las leyes, y no pueda tener lugar oportunamente la intervención de las autoridades públicas.

Ver: art. 911 y 912 C. argentino; 27 y 28 C. de Prusia; 267 Anteproyecto de Bibiloni y parágrafo 2º del 134 del Proyecto argentino de 1936. La tenue modificación que se advertirá el comparar nuestro art. 510 con su fuente, mira a decir que "quien por la ley tenga facultad para dirigir las acciones de otro, podrá impedirle por la fuerza que se dañe a sí mismo", como lo esbozó la Comisión argentina de Reformas del Código. Lo que sigue del precepto reproduce el texto del 911 del C. argentino. Véase lo que acerca de esta disposición decimos en los Nºs 5, 149 y 230 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 511. — Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste.

Ver: arts. 913 C. argentino; 445 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; omitido por Bibiloni y la Comisión argentina de Reformas del Código. Aun siendo este precepto de carácter doctrinario, consagra una verdad elemental de que, aun siendo la intención el elemento psicológico vertebral del acto voluntario, no es tomada en consideración por el Derecho en tanto se mantenga inexpresiva en el mundo interior del agente, tal como lo dejamos explicado en los Nºs. 23 (quater) y 274 de nuestro Tratado de las Obligaciones. No compartimos el parecer de abrogar este precepto tan íntimamente vinculado al que le sigue.

Art. 512. — Los hechos exteriores de manifestación de voluntad pueden consistir en la ejecución de un hecho material consumado o comenzado, o simplemente en la expresión positiva o tácita de la voluntad.

Ver: arts. 914 C. argentino, que reproducimos literalmente; 446 del Esboço de T. de Freitas; 269 de Bibiloni y 135 Proyecto argentino de 1936.
Este precepto es mero desarrollo del anterior. Ver el Nº 243 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 513. — La declaración de la voluntad puede ser formal o no formal, positiva o tácita, o inducida por una presunción de la ley.

Ver: arts. 915 C. argentino, L. Tít. 4º C. de Prusia; Savigny, Sistema, t. II, parág. CXXX y CXXXI, págs. 289 y ss., versión castellana de Mesía y Poley; y nuestro Tratado de las Obligaciones, parág. 244, 249, 254, 421, 450 y 1574. Lo omiten Bibiloni en su Proyecto y la Comisión argentina de Reformas del Código en su Proyecto de 1936.

Art. 514. — Las declaraciones formales son aquellas cuya eficacia depende de la observancia de las formalidades exclusivamente admitidas como expresión de la voluntad.

Ver: arts. 916 C. argentino; Savigny citado en la nota al art. anterior y parág. 245 t. I, de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 515. — La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos.

Ver: 447 del Esboço de T. de Freitas; 917 C. argentino; 270 del Anteproyecto de Bibiloni; 136 del Proyecto argentino de 1936 y parágs. 246, 450 y 597 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Preferimos el texto literal

del art. 917 del C. argentino, pues, la modificación introducida por Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936 sólo se explica por la omisión en ellos del art. 916 del Código de Vélez.

Art. 516. — La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario.

Ver: art. 448 del Esboço de T. de Freitas; Savigny, Sistema, t. II, parág. CXXXII, pág. 295; y parágs. 247, 274, 450, 597, 1662 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 517. — El silencio opuesto a actos, o una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley o por las relaciones de familia, o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.

Ver: Arts. 61 C. de Prusia; 919 C. argentino; 271 Anteproyecto de Bibiloni 137 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936. Una vez más preferimos el texto literal del 919 del C. argentino a las modificaciones del Proyecto argentino de 1936; parágrafos 243, 256, 257, 269, 274 y 597 de nuestro Tratado de las Obligaciones; y Francesco Degni, **Studi sul Diritto delle Obligazioni, — Il Silenzio nella conclusione del Contratti**, pág. 33 a 57; Nicola Coviello, **Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale**, parág. 113, pág. 357.

Art. 518. — La expresión de la voluntad puede resultar igualmente de la presunción de la ley en los casos que expresamente lo disponga.

Ver: arts. 920 C. argentino; Savigny, Sistema, t. II, parág. CXXXIII, pág. 298; 273 del Anteproyecto de Bibiloni; 137 **In fine** del Proyecto argentino de 1936 y parágs. 249, 254 y 597 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 519. — Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años; como también los actos de los enajenados mentales, y los practicados por los que, por cualquier accidente, están sin uso de razón.

Ver: arts. 921 C. argentino; 449 del Esboço de T. de Freitas; 274 del Anteproyecto de Bibiloni; 140 del Proyecto argentino de 1936 y parágs. 164, 196, 203, 765, y 1289 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 520 — Los actos serán reputados practicados sin intención, cuando fueren hechos por ignorancia, error o dolo.

Serán reputados practicados sin libertad, aquellos que fueren hechos por fuerza o intimidación.

Ver: arts. 450 y 451 del Esboço de T. de Freitas; 922 C. argentino y parágs. 203, 396, 531, 547, y 642 de nuestro Tratado de las obligaciones.
Lo reproduce el 275 del Anteproyecto de Bibiloni, no así el Proyecto argentino de 1936.
Ampliamos el 922 del C. argentino de acuerdo con su fuente, el 451 de T. de Freitas.
Omitimos los arts. 138 y 139 del Proyecto argentino de 1936 porque a nuestro parecer están fuera de lugar Ellos corresponden a la parte de este Código que trata del consentimiento en los contratos.
Hasta aquí nos ceñimos a la letra del C. argentino relativa a los Hechos Jurídicos, porque entendemos que deben conservarse tal como están antes de aventurarnos a reformas con las que poco o nada se adelantaría.

CAPITULO II

De los hechos producidos por error

Art. 521. — La ignorancia de las leyes, o el error de derecho, en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos, ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos, salvo lo dispuesto por el art. XI del Título Preliminar.

Ver: arts. 923 C. argentino; 276 Anteproyecto de Bibiloni; 141 Proyecto argentino de 1936; 456 del Esboço de T. de Freitas; 1109 C. francés; 1427 C. italiano; 656, 657 C. portugués; 1265, 1266 C. español; 119 C. alemán 23 C. F. suizo de las Obligaciones; 1269 y 1270 C. uruguayo; 1146 y 1147 C. venezolano; 1451 1453, 1454 y 1455 C. chileno; 1508, 1510, 1511 y 1512 C. colombiano; 1507, 1509, 1510 y 1511 C. ecuatoriano;

1556, y 1557 C. hondureño; 2455 C. nicaraguense; 1015 C. costarricense; 1812 y 1813 C. mexicano; 1079 a 1081 C. peruano; 1407 y 1408 C. guatemalteco; 1814 a 1817 C. de Luisiana; 86 C. brasileño.

La ignorancia es la ausencia de toda noción. El error es la noción falsa que tenemos de la realidad de una cosa, un hecho, un acto, una norma objetiva de derecho. El Derecho romano los distinguía. Mas el Derecho moderno los equipara, como puede verse en los arts. 687, 803, 1147, 1479, 1776 del C. italiano, y en las disposiciones análogas de los otros códigos. De aquí que sea corriente decir o hablar del error o ignorancia de derecho en relación al que recae sobre el alcance, la existencia o subsistencia de una norma jurídica o sobre su aplicación a una situación que ella no disciplina.

La buena fe es un estado subjetivo negativo constituido por la ignorancia o errónea creencia en que puede encontrarse una persona. La ignorancia de que nace la buena fe, puede ser de hecho o de derecho. Así, el poseedor de buena fe es aquel que adquiere la posesión en la ignorancia de no poderla adquirir legítimamente, dado que hay un derecho ajeno pre-existente. Esta buena fe del poseedor se presume. Para destruirla, deben los terceros evidenciar lo contrario o sea que sabía al entrar en posesión la preexistencia del derecho ajeno. (Messineo, t. III, Nº 18, pág. 228).

Siendo así, como lo es, la ignorancia o error de derecho es uno de los elementos subjetivos de la buena fe. Esta ignorancia, como el error, puede ser esencial cuando es la única razón de ser o la razón principal de un acto jurídico.

De la ignorancia o error esencial debe distinguirse el que recae sobre los efectos legales de los actos lícitos, los cuales, como su propio nombre lo dice, no nacen de la voluntad de los agentes del acto, sino de la ley, salvo expresa declaración de voluntad contraria. Así, dice Messineo, si el vendedor ignora o yerra acerca de su responsabilidad por los vicios ocultos de la cosa vendida, no podría excusar su responsabilidad so color su ignorancia o error de derecho. Otra sería si por declaración expresa del vendedor se hubiere estipulado que quedaba eximido de responder de los vicios ocultos de la cosa.

Tal es, en principio, la doctrina sustentada por Bibiloni en su apostilla al art. 277 de su Anteproyecto. "En principio" decimos, porque si acertada es la parte teórica de su explicación, no acierta en los ejemplos con que pretende demostrarla, tales como los arts. 784 y 858 del C. argentino. En efecto, el primero de estos preceptos, al conferir al paciente de error de derecho la facultad de repetir la prestación de alguna cosa o cantidad en pago de lo que no debía, lejos de probar la inania del error de derecho, hace patente lo contrario, precisamente porque en la hipótesis de que se trata el error no recae sobre los meros "efectos legales" del pago, que es un acto lícito, sino sobre la causa o razón de ser del pago, cual es la intención de extinguir una deuda que se creía válida y subsistente, caso en el cual, el error de derecho es tan esencial como el error de hecho, y puede ser invocado por el que lo sufre.

Ocurre otro tanto con lo preceptuado por el art. 858 del C. argentino, según el cual, el que por error de derecho tuviere por válido un título nulo y ajustare una transacción con el objeto de darle ejecución, o de reglar sus efectos jurídicos, podrá demandar, descubierto su error, la rescisión del acto.

Siendo así, el error de derecho no sería inane sino, antes al contrario plenamente eficaz al punto de reproducir la rescisión de la transación, como si el error fuese de hecho, porque lejos de recaer sobre los meros efectos del acto, habría incidido sobre su causa principal, su razón de ser, cual sería la intención de poner finiquito a las dudas surgidas entre las partes o a un pleito preexistente entre ellas. Sería un error esencial.

Más acertado es Bibiloni cuando observa en el Código de Vélez poca firmeza en la doctrina relativa al error de derecho. En efecto, mientras por el art. 3428 se estatuye que el poseedor de una herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho cree en la legitimidad de su título hereditario; por el art. 2356 se preceptúa que la posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad (sin tener en cuenta el error de derecho); y por el art. 4007 se declara que la ignorancia del poseedor (que es la buena fe), fundada sobre un error de hecho, es excusable; pero no lo es la fundada en un error de derecho, porque según la ley romana Nuncuam in usucapionibus juris error possessionibus prodest.

La regla de nuestro art. 521 sólo sufre excepción —no admitida por cierto por el Código argentino— en el caso del art. XI del presente Código, o sea de que el paciente de error de derecho sea una persona de notorio atraso intelectual, como puede serlo un paludo que, por vivir en lugar apartado de las vías de comunicación, se halla expuesto a sanciones por infracción de la ley que ignoraba, tal como lo dispone el art. 21 del C. mexicano, precepto trasegado a este Código en consideración a la existencia en el Paraguay de campesinos, iletrados o analfabetos, a los cuales no se les puede medir con la misma vara que al hombre de ciudad.

Confróntese además lo que explicamos en el parágrafo Nº 536 de nuestro Trtado de las Obligaciones.

Art. 522. — El error de hecho o de derecho será causa de anulabilidad del acto jurídico si fuere esencial o substancial, y conocible por la otra parte.

Ver. art. 1428 C. italiano; 86 y 87 C. brasileño; 451 del Esboço de T. de Freitas; 119 C. alemán; 24 C. Federal Suizo de las obligaciones y los Contratos y demás códigos mencionados en la nota al artículo anterior.

Tres son los sistemas legislativos aplicados a la regulación del error de hecho, vicio de la voluntad:

1º) El de T. de Freitas, seguido por el C. argentino y el presente Código, en los cuales el error viene referido, no a una declaración unilateral de voluntad, sino al consentimiento prestado para la conclusión de un acto jurídico subordinado en su perfección a una voluntad recepticia, sea contrato o no, como la donación o el testamento; o el matrimonio, que no tiene de contrato sino el consentimiento de los contrayentes, a las condiciones y solemnidades exigidas por la ley, sin derecho alguno de éstos para modificarlas.

2º) El del Código francés y de todos los códigos de la Europa central y de nuestra América, vaciados en sus moldes, en los que el error viene referido al consentimiento prestado en la convención o sea el contrato.

3º El del Código alemán (art. 119), según el cual, el error viene sólo referido a las declaraciones de voluntad, no al contrato mismo, tanto que la anulación de éste por error, supone la previa anulación de la declaración de voluntad, por aplicación de sus arts. 154 y 155. Dados los principios admitidos como consecuencia de la teoría de la declaración, debe aceptarse como voluntad verdadera de las partes la que resulta de la interpretación normal y aparente de la declaración, de tal suerte, dicen Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Levy-Ullmann y Saleilles, que ella no parecerá sin objeto y nula, como tal, sino cuando esta interpretación permita considerarla como equívoca de una manera objetiva y absoluta, es decir, como declaración referida a varios objetos posibles, entre los cuales, de acuerdo con los propios vocablos de la declaración, no sea posible optar por ninguno, de suerte que siendo así, la declaración resultará sin objeto (ver autores y opus cits. t. I, pág. 123 y ss.).

El Código brasileño, aun plegado al sistema savigniano de T. de Freitas, emplea en su art. 86 la locución: "declaración de voluntad", pero referida a la celebración de un acto jurídico.

Aun inspirado nuestro art. 522 en el 1428 del C. italiano, se aparta de él al admitir indistintamente el error de hecho y el de derecho, como causa de anulación del acto, y al emplear, como sinónimos los vocablos: "esencial" y "substancial" para caracterizar el error de hecho o de derecho que causa la anulación del acto jurídico.

Art. 523. — El error es esencial o substancial:

1º Cuando recae sobre la naturaleza del acto jurídico.

2º Cuando es relativo a la identidad o a las cualidades de la persona con la cual se forma, o a la cual se refiere, la relación de derecho, siempre que la una o la otra haya sido determinante del consentimiento.

3º Cuando recae sobre la causa principal del acto o sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira como substancial.

4º Cuando versare sobre el objeto del acto, en el caso de haberse indicado un bien individualmente distinto del que se quería adquirir, o sobre un bien de distinta especie, o sobre diversa cantidad, extensión o suma, o sobre un hecho que no sea aquel que se quiso designar.

5º El que recae sobre hechos que la lealdad comercial permitía considerar al que lo ha sufrido, como elementos necesarios del acto celebrado.

---

ver: sobre el inc. 1º: Art. 924 C. argentino; 24 inc. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1429 inc. 1º C. italiano; 87 C. brasileño; 1453 y 1454 C. chileno; 1271 C. uruguayo; 657 y 662 C. portugués; 1266 C. español; 1148 C. venezolano; 1080 C. peruano; 1813 C. mexicano ;1510 C. colombiano; 1509 C. ecuatoriano; 2455 inc 1º C. nicaraguense; 1557 parág. 1º C. hondureño; 1408 C. guatemalteco.

En los parágrafos 543 a 546 de nuestro Tratado de las Obligaciones hemos puesto de resalto lo que hay en este precepto de reminiscencia de una legislación formalista que no reconocía sino un número restringido de contratos, pero que no se explica, como enseña Célice, en el estado actual de nuestro Derecho, desde que condena a los jueces a tener en cuenta errores sobre un artificio de técnica jurídica.

Dada la semejanza que existe entre ciertos contratos, el error in negotio puede conducir a verdaderas injusticias, como la de poder eximirse de toda responsabilidad contractual so color la inexistencia de contrato, que es a donde conduce el error que Savigny llama "impropio", Larombiere "obstáculo" y Giorgi "obstativo", como en el ejemplo con que Vélez ilustra su art. 924: "Si yo prometo a alguno prestarle una cosa, y él entiende que se la dono", podría el prestatario eludir su responsabilidad con el argumento de no haber habido contrato alguno. Lo mismo podría ocurrir en el ejemplo de Célice: "si un contrayente creyó haber recibido en depósito una cosa que el otro creyó haberle prestado para usarla"; o en este de Messineo: "creo dar en arrendamiento, mientras para el contrario, el contrato es de enfiteusis".

En ninguno de estos supuestos hay contrato, porque las dos voluntades, en vez de coincidir en el consentimiento, se han cruzado, cada una en dirección contraria a la otra. Faltando el acuerdo, no hay declaración común de voluntad sobre la cual haya incidido el error de una de las partes.

Mas propio de esta norma es el ejemplo con que el Código romano la justifica y es el caso del que creyendo suscribir un contrato de locación suscribe, sin haberlo leído, un contrato de venta. Si **falsum instrumentum emptionis conscriptum tibi, volut locationis quam fieri mandaveras, subscribere, te non relegentem, sed fidem habantem, suasit: neutrum contractum (in utroque alterutrius consensu deficente) contitisse procul dubio est**". Esta hipótesis bimilenaria ha sido realidad en más de un caso. Asistiendo a una anciana indocta y confiada cierto abogado fue por éste inducida a otorgarle el poder que le habilitara a representarla en juicio. Mas llegado el instante de suscribir lo que ella creía que era un mandato, suscribió la escritura de transferencia de dominio de su casa habitación, el único bien inmueble de su pertenencia que el abogado había de defender en juicio contra las pretensiones de un tercero. Tampoco en este caso hay contrato de compraventa del inmueble por ella transferido a su abogado, ni el poder cuya formalización ella había encargado al Escribano autorizante. En puridad, lo que el derecho tradicional llama en este caso error in ipso negotio, viene a ser el elemento subjetivo negativo de voluntad de parte de la anciana, víctima de la mentida influencia y del doloso artificio del abogado a quien se confió para defenderse, pero que traicionandola en su buena fe se procura a sí mismo un provecho indebido. Es la estafa que el art. 396 del Código Penal castiga con penitenciaría de uno a tres meses si el perjuicio no excediere de quinientos pesos, que hoy son cinco guaraníes.

A pesar de estos reparos, la regla del inc. 1º de nuestro art. 523 es observada en la mayoría de los códigos modernos, única razón para que nosotros, a nuestra vez, la conservemos con mira a la unificación externa del presente Código.

Sobre el inc. 2º, ver: art. 925 C. argentino; 1110 C. francés; 1429 inc. 3º C. italiano; 662 C. portugués; 1266 parágrafo 2º C. español; 1828 a 1831 C. de Luisiana; 119 parágrafo 2º C. alemán; 24 inc. 2º C. federal suizo de las Obligaciones; 88 C. brasileño; 1512 C. colombiano; 1511 C. ecuatoriano; 1557 parág. 2º C. hondureño; 1448 parág. 2º C. venezolano; 1081 C. peruano.

No mencionan el error in persona los códigos del Uruguay, de México, de Costarrica, y de Nicaragua.

El error in persona sólo es causa de anulación del acto cuando el negocio ha sido estipulado intuitu personae, único caso en que la persona es determinante del consentimiento, como lo explica la nota de Vélez Sarsfield al art. 925 de su Código, traída de la obra de Savigny y, nosotros, a nuestra vez, lo dejamos aclarado en el parágrafo 547, t. I, de nuestro Tratado de las Obligaciones.

De los Códigos arriba citados, ninguna, como el de Luisiana, tan didáctico al estatuir:

a) que en los actos de liberalidad (contratos de beneficencia según el lenguaje francés), la ley presume que la consideración de la persona es la causa principal o sea que es esencial o substancial, como determinante del consentimiento (art. 1829).

b) que en los contratos onerosos, como la venta, la permuta, el préstamo con interés, la locación, la ley presume generalmente que la consideración de la persona es una causa accesoria, no principal (art. 1830).

c) que existen excepciones a la regla precedente: Si resulta de la naturaleza del acto (contrato, en el original) que para ejecutarlo era necesaria una cualidad o un talento particular, atribuídos a la persona con quien se contrata, caso en el cual se presume que la consideración de la persona es la principal causa del acto, de suerte que el error sufrido acerca de su identidad, la invalida. Así, pues, si teniendo la intención de ocupar a un arquitecto célebre, la parte se dirige a una persona del mismo nombre y de la misma profesión, pero sin su talento ni su reputación, sería nula la promesa de pago que le hubiere hecho. Si la persona así empleada, hubiere hecho alguna obra, sin conocer el error de la otra parte, éste le deberá una recompensa proporcionada a sus servicios..

Sobre el inc. 3º, ver: art. 926 C. argentino; 461 del Esboço de T. de Freitas; 1110 in fine C. francés; 1454 C. chileno; 1261 C. uruguayo; 1511 C. colombiano; 1510 C. ecuatoriano; 2455 inc. 2º C. nicaraguense; 1148 parágrafo 1º C. venezolano; 277 inc. 3º Anteproyecto de Bibiloni y 142 inc.3º Proyecto argentino de 1936.

Sobre la materia a que se refiere el inc. 3º de nuestro art. 523 puede verse la menuda información de los parágrafos 553 a 556 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Dejamos allí sentado que la noción de "causa" no es, en el presente caso, la noción que Domat y Pothier le atribuyeron al explicar el concepto de la "causa de

las Obligaciones contractuales", según la cual la causa se confunde, en las obligaciones de los contratos sinalagmáticos, con el "objeto" o "prestación" obligatoria, una de las razones por las cuales hubo necesidad de equipararla a la noción subjetiva del por qué uno se obliga, de la famosa pregunta de Oudot, tal como lo concibieron Merlin, Toullier, Delvincourt, Mourlón, Demolombe, Colmet de Santerre, Baudry Lacantinerie y Barde, Giorgi, Gianturco, Lomonaco, Ricci, Colin y Capitant, Duguit, etc. Mas como quiera que en su evolución histórica esta doctrina ha conducido a los intérpretes a admitir que la contestación a la pregunta del por qué uno se obliga está implícita en la intención motivada del agente, expresada en su consentimiento, es la consideración subjetiva que ha determinado a la parte a contratar. Este elemento causal y final de la voluntad es esencial o substancial del acto, aún referido a la "cualidad de la cosa que se ha tenido en mira" al celebrarlo. Y como quiera que el error suprime la intención, ocioso es que viciado de error el consentimiento, sea este error tan substancial o esencial, como la intención, fuerza dinámica y rectora de la voluntad.

Llama la atención que el error sobre la causa principal del acto no haya sido enunciado en el art. 15 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos, ni en el inc. 2º del art. 1429 del Código italiano de 1942, directamente inspirado en él. Ambas obras legislativas sólo mencionan el error sobre "la identidad del objeto de la prestación o sobre una cualidad del mismo que, de acuerdo con la común apreciación o en relación a las circunstancias, deba considerarse determinantes del consentimiento". Como en el art. 926 del Código argentino, el 1429 del C. italiano, ha substituido la fórmula: "error sobre substancia" del Código abrogado y del 1110 del C. francés, por la locución: "error sobre la cualidad" "determinante del consentimiento", de suerte que siendo así este error in substantia más se refiere a la general calificación que a la composición material de la res. (ver Enrico Colagrosso, Il Libro dello Obbligazioni, Parte Generale, Nº 363, pág. 438; y Messineo, t. II, Nº 3, pág. 434).

Al final de cuenta, este error in substantia viene a ser lo mismo que el error sobre la causa principal del acto del inc. 3º de nuestro art. 523.

Sobre el inc. 4º, ver: art. 927 C. argentino; 1859 inc. 3º del Esboco de T. de Freitas; 1836 C. de Luisiana; 1429 inc. 1º italiano; 1453 C. chileno; 1271 inc. 2º C. uruguayo; 1510 C. colombiano; 1509 C. ecuatoriano; 2455 inc. 2º C. nicaraguense; 1080 C. peruano; 661 C. portugués; 1836 C. de Luisiana; 1015 inc. 2º C. costarricense.

El error de que se trata en el presente inciso es el error in corpore del Derecho romano, acerca del cual puede verse lo que explicamos en el parágrafo 557 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y lo que reza la nota con que Vélez Sarsfield ilustra el 927 de su Código.

Sobre el inc. 5º ver: el inc. 4º del art. 24 del C. Federal Suizo de las Obligaciones; el inc. 5º del art. 277 del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 5º del art. 142 del Proyecto argentino de 1936; y los arts. 119 y 155 C. alemán. Trátase de una novedad legislativa que Schneider y Fick, glosadores del Código F. suizo de las Obligaciones juzgan casi idéntica a la contemplada en el art. 119 del C. alemán, según el cual: "El que al hacer una declaración de voluntad esté en un error sobre su contenido, o el que no haya querido en modo alguno hacer una declaración de tal índole, podrá pedir su nulidad cuando pueda admitirse que no la habría hecho si hubiese tenido conocimiento del estado de las cosas o hubiera podido apreciar bien la situación". (Omitimos, por innecesaria la segunda parte).

Supone este precepto dos casos distintos: 1º el declarante no ha expresado lo que quiso expresar; y 2º la declaración está bien expresada de acuerdo a lo que el declarante quiso decir, pero esta voluntad ha sido emitida, tal como está, en razón de un error sobre los puntos que él tuvo en mira al contratar. No hace falta que el error sea común, ni que la persona a quien la declaración va dirigida o a quien se la opone, haya conocido el error o haya incurrido en culpa de no haberlo conocido. La parte que sufre la anulación está garantizada, no por el rechazo de la anulación demandada, sino por la indemnización que debe abonarle el paciente de error, de conformidad con el art. 122 de dicho Código. (Ver: Bufnoir ,Challamel, Drioux etc., in Code Civil Allemand, t. I, pág. 125). La verdad es que por mucho que se busquen tangencias entre estos casos y lo preceptuado por el inc. 4º del art. 24 del C. F. Suizo de las Obligaciones, no se las encuentra, pues, tampoco este precepto es demasiado claro, tanto que Virgile Rossel lo juzga por "demasiado vago". Se han citado, a título de ejemplos, —agrega este autor— los casos de un objeto de arte vendido como si fuera antiguo no pasando de ser una reproducción moderna, y el de una persona cuyos servicios han sido locados y a quien se ha confiado un mandato en la creencia de ser honorable sin serlo. Si el error cometido, reconocido a tiempo, hubiera determinado a la víctima a no celebrar el contrato, éste sería anulable (ver autor cit. Manuel du Droit Féderal des Obligations, t. I, pág. 63).

Art. 524. — El error que versare sobre alguna calidad accidental de la cosa, o sobre algún accesorio de ella, no invalida el acto, aunque haya sido el motivo determinante para hacerlo, a no ser que la calidad, erróneamente atribuída a la cosa, hubiere sido expresamente garantizada por la otra parte, o que el error proviniere de dolo de la parte o de un tercero, siempre que por las circunstancias del caso se demuestre que sin el error, el acto no se habría celebrado, o cuando la calidad de la cosa, lo accesorio de ella, o cualquier otra circunstancias tuvieren el carácter expreso de una condición.

Ver: art. 928 C. argentino; 1860 inc. 6º y 1861 inc. 4º, 2º y 3º del Esboco de T. de Freitas; 280 Anteproyecto de Bibiloni; 143 Proyecto argentino de 1936 y parágrafos 55b y 559 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 525. — El paciente de error no podrá prevalecerse de él contra las reglas de la buena fe. Estará obligado a ejecutar la prestación a que entendió comprometerse, siempre que la otra parte se allanare al cumplimiento.

Ver: art. 25 C. Federal suizo de las Obligaciones; 278 del Anteproyecto de Bibiloni; 144 del Proyecto argentino de 1936, y 1142 C. italiano.

Puede el error alegado, dice Rosel — ser esencial en sí, pero deja de serlo cuando es contrario a las reglas de la buena fe, y en particular, cuando el otro contratante se declara dispuesto a concluir el acto según la voluntad rectificada del que pretende haber sido engañado. Huber propuso el ejemplo siguiente: X. cree haber fijado en francos un precio de venta determinado en florines; la otra parte consciente, sin embargo, en concluir el contrato, al aceptar que el precio sea calculado en francos.

En tal caso, X no podría prevalerse de su error para demandar la nulidad del acto (ver autor y opus cit. t. I, Nº 74, pág. 64).

Art. 526. — El error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviniere de una negligencia culpable. En este caso, quien fundado en su propio error invocare la nulidad del acto para substraerse a sus efectos, deberá indemnizar a la otra parte el daño que ha sufrido, siempre que ella no lo hubiere conocido o debido conocerlo. No será admitido este resarcimiento en las disposiciones de última voluntad. En los actos ilícitos, sólo excluirá la responsabilidad del agente, si el error recayere sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito.

Sobre la primera parte, ver: art. 929 C. argentino; 466 del Esboço de T. de Freitas; 145 del Proyecto argentino de 1936; 281 de Bibiloni.
Sobre la segunda parte, ver: arts. 122 y 2078 C. alemán; 26 C. Federal suizo de las Obligaciones; 281 del Anteproyecto de Bibiloni y 145 del Proyecto argentino de 1935. Sobre el in-fine ver art. 930 C. argentino y 282 de Bibiloni.
Confróntese, sobre el parágrafo 1º de este precepto, lo que dejamos dicho en el Nº 560 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y sobre el parágrafo 2º la apostilla de Bibiloni sobre el 281 de su Anteproyecto y los autores allí citados. La indemnización se funda en la culpa in contrahendo.

Art. 527. — El error se considerará conocible cuando en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiera podido advertirlo.

Ver: art. 1431 C. italiano; 122 segunda parte C. alemán; 26 C. Federal suizo de las Obligaciones, y 281 in fine del Anteproyecto de Bibiloni.
El presente artículo completa lo estatuido en el in fine del 523 de este Código. Para que el error pueda dar lugar a la anulación del acto atacado debe ser tal que no haya podido pasar inadvertido a la otra parte, a quien se supone persona de normal diligencia. De no ser así, el error sería asimilado, en el trato, a la reserva mental o a la broma no conocible por la otra parte. Como enseña Messineo, en este caso, si el destinatario de la declaración, aun usando de la normal atención, no ha podido advertir el error del declarante, ha tenido razón para pensar que la declaración de voluntad que le ha llegado era normal, como si estuviera inmune de error. Siendo así, el paciente de error no es admitido a defenderse con la acción de nulidad. Si el destinatario de la declaración no ha puesto de su parte la debida diligencia para advertir el error del declarante, cuando el contenido y las circunstancias del acto o la calidad de las partes podían permitirle darse cuenta de ello, se considera como una especie de culpa su torpeza o incompetencia. (ver autor y opus cits. t. II, Nº 7, pág. 440).
"La reconocibilidad del error enseña Colagrosso, no significa evidencia del mismo, sino un grado de apariencia adecuado a los distintos casos prácticos, el cual no exige, para ser notado, una indagación mayor de la que suele hacerse para conocer la voluntad de la otra parte. De esto resulta que la excusabilidad cambia de incidencia y pasa del sujeto que ha emitido la declaración viciada, al destinatario de ella. Cambia además de objeto, porque no se refiere a la formación del error, sino a la falta de descubrimiento.
"La carga de la prueba de la reconocibilidad queda a cargo del paciente de error, carga grave por tratarse de evidenciar la percepción del error respecto de uno de los contratantes, a través de la estimación de circunstancias extrínsecas y de la utilización de elementos inductivos y presuntivos" (ver autor y opus cit. Parte General, Nº 365, pág 441).
Si, pues, el destinatario de la declaración conocía, o debía conocer el error del declarante, éste no estará obligado a indemnizarle los perjuicios que sufriere por la anulación del acto. Tampoco existe esta obligación cuando se trata de disposiciones de última voluntad. Ver: el art. 472 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 528. — Las disposiciones de los artículos precedentes se aplicarán también al caso de que la declaración hubiere sido transmitida inexactamente por la persona o por la oficina encargada de hacerlo.

Ver: art. 1433 C. italiano; 1727 C. Federal suizo de las Obligaciones y 190 C. alemán. Sin antecedente en los demás códigos. Supone este precepto que la voluntad de negociar no ha sido transmitida directa y personalmente sino por intermedio de otro, que es el nuncius, sea que tenga lugar por carta, telegrama o fonograma. En este caso, la consecuencia del error no incide sobre el destinatario de la declaración, sino sobre aquel que escogió el medio de transmisión de su propia declaración, salvo la acción reversiva contra el autor de la infidelidad. (Ver Colagrosso, t. I, Nº 367, pág. 442).

CAPITULO III

De los hechos producidos por dolo

Art. 529. — Acción dolosa para conseguir la ejecución de un acto, es toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin.

Ver: art. 931 C. argentino: 470 del **Esboco** de T. de Freitas; 1116 C. francés; 1841 C. de Luisiana; 663 C portugués; 1269 C. español; 1439 C. italiano; 28 C. Federal suizo de las Obligaciones; 123 C. alemán; 92 C. brasileño; 1458 C. chileno; 1275 C. uruguayo; 1154 C. venezolano; 1085 C. peruano; 1515 C. colombiano; 1514 C. ecuatoriano; 2460 C. nicaraguense; 1560 C. hondureño; 1816 C. mexicano; 1409 C. guatemalteco; 1020 C. costarricense; 283 Anteproyecto de Bibiloni; 146 del Proyecto argentino de 1936.
Ver lo que acerca de esta materia explicamos en el Nº 570 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 530. — Para que el dolo pueda ser causa de la anulación de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes:

1º Que haya sido grave;

2º Que haya sido la causa determinante de la acción;

3º Que haya ocasionado un daño importante;

4º Que no haya habido dolo por ambas partes.

Ver: arts. 932 C. argentino; 284 del Anteproyecto de Bibiloni; 147 del Proyecto argentino de 1936. Sobre los cuatro requisitos del dolo, confróntese: Bédarride, **Traité du Dol et de la Fraude**, t. I, Nos. 21, 31, 33, y 37, pág. 16 y ss.; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 199 y ss., Pothier, t. II, Nº 28, pág. 19; Baudry Lacantinerie y Barde, t. XII, Nº 99 y ss. pág. 142; Demolombe, t. XXIV, Nº 167, pág. 150 y ss.; Aubry y Rau, t. IV, parág. 343 bis, pág. 503, 5ª edición; Laurent, t. XV, Nº 522, pág. 598; Larombiere, t. I, art. 1116, pág. 79; Buñoir, **Propriété et Contrat**, Lección XLIII, pág. 612 y ss.,; Huc, t. VII, Nº 36, pág. 54; Saleilles, **De la Declaration de Volonté**, art. 123, pág. 50; Rossel, **opus cit.** t. I, Nº 77, pág. 65; Messineo, **opus cit.** t. II, Nº 11, pág. 443; Colagrosso, **opus cit.** art. 1439 C. italiano, t. I, pág. 448; Proyecto italo-francés, art. 21; Bevilaqua, t. I, sobre arts. 92 a 97, pág. 330 etc.
Ver además: arts. 1458 C. chileno; 1269 y 1276 C. uruguayo; 1515 y 1516 C. colombiano; 1514 y 1515 C. ecuatoriano; 1556 y 1560 C. hondureño; 2466 C. nicaraguense; 1154 C. venezolano; 1085 a 1088 C peruano; 1815 a 1817 C. mexicano; 1020 y 1021 C. costarricense; 1409 a 1411 C. guatemalteco; 663 C. portugués; 1841 C. de Luisiana etc., y lo que explicamos en el Nº 571 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 531. — La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se hubiera realizado sin la reticencia u ocultación dolosa.

Ver: art. 933 C. argentino; 285 del Anteproyecto de Bibiloni; 146 **in fine** del Proyecto argentino de 1936.
El art. 471 del **Esboco** de T. de Freitas, fuente de nuestro artículo, estatuye: "Se considerará como **omisión dolosa**, para inducir o mantener en error, la disimulación tácita, reticencia u ocultación de lo que es verdadero, siempre que se evidencie que sin la reticencia u ocultación, el acto no se habría realizado". Y el art. 472 agrega: "En los contratos bilaterales el error de una de las partes sobre cualquier hecho o circunstancia de que la otra parte haya tenido conocimiento, importará **omisión** dolosa, toda vez que se evidencie que sin ese error el contrato no se habría celebrado". Concuerda esta decisión, siquiera meramente esbozada, con lo que dejamos expuesto en nuestra apostilla al art. 531 de este Código, y lo que a este propósito enseñan Durantón, t. X, Nº 177 y 178; Larombiere, t. art. 1116, Nº 8; Demolombe, t. XXIV, Nº 186; Aubry y Rau t. IV, parág. 343 bis, nota 27, pág. 506, 5ª edición; Laurent, t. XV, Nº 529; Bédarride, t. I, Nº 36, nota 1, pág. 26.
La omisión dolosa es igualmente conocida por **dolo negativo**, como le llama Bedarride (**opus cit.** t. I, Nº 94, pág. 62). Así, el que vende un animal a sabiendas de estar enfermo sin advertirle de ello al comprador, incurre en **dolo negativo**. Incurrirá en la misma omisión el que a sabiendas de la demolición de un inmueble, ordenada por la autoridad, lo cala y vende a un comprador así engañado. No basta, empero el silencio de una de las partes sobre alguna circunstancia o alguna cualidad del objeto del acto. Es además necesario que la omisión sea tal que, sin ella, no se hubiera celebrado el acto. El dolo debe, en este caso, ser principal, **causam dans**, para que el acto sea anulable. (Bevilaqua, t. I, nota al art. 94 del C. del Brasil, pág. 333).
Sobre la omisión dolosa en el contrato de seguro, ver nuestro art. 2103.

Art. 532. — El dolo incidente no afectará la validez del acto; pero el que lo comete debe satisfacer cualquier daño que haya causado.

Es dolo incidente el que no fue causa eficiente del acto.

Ver: art. 934 C. argentino; 473 del **Esboço** de T. de Freitas, el cual estatuye que: "No afectará la validez de los actos, ni el dolo que no fue causa eficiente del acto, ni el **dolo incidente**. Es **dolo incidente** el que no fue causa eficiente del acto, por haber sido empleado durante el curso de una negociación ya convenida".
De los códigos que contemplan expresamente el **dolo incidente**, véanse los arts. 93 C. brasileño; 1276 C. uruguayo; 1270 segunda parte C. español; 1458 segunda parte C. chileno; 1515 segunda parte C. colombiano; 1514 segunda parte C. ecuatoriano; 1561 segunda parte C. hondureño; 1086 C. peruano; 1020 segunda parte C. costarricense; 286 Anteproyecto de Bibiloni; e **in fine** del 147 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 533. — El dolo afectará la validez de los actos entre vivos, bien sea obra de una de las partes, o bien provenga de tercera persona.

Si proviene de tercera persona, regirán los arts. 540 a 542.

Ver: arts. 935 C. argentino; 475 a 480 del **Esboço** de T. de Freitas; 287 del Anteproyecto de Bibiloni; 148 del Proyecto de 1936, y lo que explicamos en el Nº 575 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 534. — El dolo puede ser probado por cualquier clase de prueba, inclusive por la de presunciones, sean simples o legales.

Ver: arts. 486 del **Esboço** de T. de Freitas y 1842 del C. de Luisiana.

CAPITULO IV

De los Hechos Producidos por la Fuerza y el Temor

Art. 535. — Habrá falta de libertad en los agentes, cuando de emplearse contra ellos una fuerza irresistible.

Ver: arts. 936 C. argentino; 487 y 488 del Esboco de T. de Freitas; 1112 y 1113 C. francés; 1427, 1434, 1435 C. italiano; 1267 y 1268 C. español; 666 C. portugués; 29 C. F. suizo de las Obligaciones; 123 C. alemán; 98 C. brasileño ;1272 C. uruguayo; 1456 C. chileno; 1513 C. colombiano; 1512 C. ecuatoriano; 1558 y 1559 C. hondureño; 2468 C nicaraguense; 1152 C. venezolano; 1090 y 1091 C. peruano; 703 a 705 C. boliviano. Confróntese el Nº 584 de nuestro Tratado de las Obligaciones. El presente artículo y el que le sigue, reproducidos por Bibiloni en los arts. 288 y 289 de su Anteproyecto, se hallan refundidos en el 149 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 536. — Habrá intimidación, cuando se inspire a uno de los agentes por injustas amenazas, un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona, libertad, honra o bienes, o de su cónyuge, descendientes o ascendientes, legítimos o ilegítimos.

Ver: art. 937 C. argentino y 149 del Proyecto de 1936; 98 C. brasileno; 490 del Esboco de T. de Freitas y el Nº 585 de nuestro Tratado de las Obligaciones y autores allí citados.

Art. 537. — La intimación no afectará la validez de los actos, sino cuando por la condición de la persona, su carácter, habitudes o sexo, pueda juzgarse que ha debido racionalmente hacerle una fuerte impresión.

Ver: arts. 938 C. argentino; 290 del Esboco de T. de Freitas; 99 C. brasileño; 1112 in fine C. francés; 1435 C. italiano; 1267 parág. 3º C. español; 1456 C. chileno; 1513 C. colombiano; 1512 C. ecuatoriano; 1558 parág. 3º C. hondureño; 704 C. boliviano; 1273 C. uruguayo; 1845 C. de Luisiana. Ver: el parág. 587 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y autores allí citados.

Art. 538. — No hay intimidación por injustas amenazas, cuando el que las hace se redujere a poner en ejercicio sus derechos, de una manera regular.

Sin embargo, si el empleo o la amenaza de ejercer el derecho hubiere constituído un medio de intimidación realizado con el objeto abusivo de arrancar a la otra parte ventajas excesivas, la violencia moral resultante podrá ser reconocida como suficiente para anular el acto.

Ver: sobre el parágrafo 1º, los arts. 939 C. argentino; parág. 1º del 291 del Anteproyecto de Bibiloni y 150 del Proyecto argentino de 1936 y art. 493 inc. 1º y 2º del Esboco de T. de Freitas; 100 C. brasileño; 30 parág. 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1850 C. de Luisiana.
Sobre el parágrafo 2º, ver la apostilla de Bibiloni al art. 291 de su Anteproyecto, y los autores allí citados. No atinamos a comprender la omisión de esta importante enmienda al Código en el Proyecto de 1936. Todo el precepto viene a ser un desarrollo de la doctrina del art. 1071 del C. argentino. El agregado propuesto por Bibiloni es aplicación del argumento a contrario de esa disposición legal, en cuanto todo ejercicio abusivo de un derecho es ilícito. Así lo estatuye el art. 1851 del C. de Luisiana; 138 C. alemán 17 C. mexicano. Sobre la primera parte, ver: el parág. 586 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 539. — El temor reverencial, o el de los descendientes para con los ascendientes, el de la mujer para con el marido, o el de los subordinados para con su superior, no es causa suficiente para anular los actos.

Ver: arts. 940 C. argentino; 292 Anteproyecto de Bibiloni; 495 inc. 3º del Esboco de T. de Freitas y lo que explicamos en el parág. 586 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Ver: 1848 C. de Luisiana; 1437 C. italiano.

Art. 540. — La fuerza o la intimidación hacen anulable el acto, aunque se haya empleado por un tercero que no intervenga en él.

Ver: arts. 941 C. argentino; 293 del Anteproyecto de Bibiloni y 151 del Proyecto argentino de 1936; 497 del Esboco de T. de Freitas; 1111 C. francés; 666 C. portugués; 1434 C. italiano 1268 C. español; 703 C. boliviano; 29 segunda parte del C. F. suizo de las Obligaciones; 1457 C. chileno; 1274 C. uruguayo; 123 C. alemán; 1150 C. venezolano; 101 C. brasileño ;1514 C. colombiano; 1513 C. ecuatoriano; 1559 C. hondureño; 1093 C. peruano; 1019 C. costarricense. Ver: parág. 588 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 541. — Si la fuerza hecha por un tercero, fuere sabida por una de las partes, el tercero y la parte sabedora de la fuerza impuesta, son solidariamente responsables para con la parte violentada, de la indemnización de todas las pérdidas e intereses.

Ver: arts. 942 C. argentino; 294 del Anteproyecto de Bibiloni; 151 del Proyecto argentino de 1936; 101 inc. 1º C. brasileño; 498 del Esboco de T. de Freitas. Asimilado, como está el dolo al delito civil, la responsabilidad de sus autores por el daño causado, es solidaria, tal como lo preceptúa el art. 1081 del C. argentino. Ver: parág. 588 de nuestro Tratado de las Obligaciones, donde también se explica el artículo que sigue.

Art. 542. — Si la fuerza hecha por un tercero, fue ignorada por la parte que se perjudica con la nulidad del acto, el tercero será único responsable de todas las pérdidas e intereses.

Ver: arts. 943 C. argentino; 499 del Esboco de T. de Freitas; 101 inc. 2º C. brasileño; 295 Anteproyecto de Bibiloni; y 151 del Proyecto de 1936.

DE LOS DERECHOS PERSONALES EN LAS RELACIONES CIVILES

SECCION I

TITULO II

DE LOS ACTOS JURIDICOS

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art. 543. — Son actos jurídicos los hechos u omisiones humanos voluntarios, lícitos que teniendo por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, producen por sí mismos consecuencias que pueden consistir en la creación, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos u obligaciones de Derecho privado.

Ver: arts. 437 del Esboco de T. de Freitas; 944 C. argentino; 296 Anteproyecto de Bibiloni; 152 Proyecto argentino de 1936.
Modificamos tenuemente la redacción del 944 del C. argentino, porque al expresar que: "Son ACTOS jurídicos LOS ACTOS voluntarios etc.", incurre en tautología. Hasta aquí sólo se ha tratado de los hechos y las omisiones, como exteriorizaciones o actuaciones de la voluntad humana. Faltaba saber cuándo y cómo esos hechos o esas omisiones revisten carácter de "actos jurídicos. A establecerlo responde nuestro artículo, al exigir dos requisitos:
1º Que el hecho o la omisión se cumpla con el fin inmediato de crear entre las personas relaciones jurídicas y
2º Que, dado este fin de la voluntad, produzca por sí mismo el hecho o el acto, consecuencias que pueden consistir en la creación, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos u obligaciones.
Se incluyen las "omisiones" al lado de los hechos positivos, porque como enseña Enneccerus, también se considera como acto la omisión negligente, aunque se base en el simple olvido (autor y opus cits. Parte General. t. II, parág. 128, I, pág. 8). Bibiloni, fundado en lo estatuído en el art. 945 del C. argentino, completó el concepto trunco del acto jurídico definido por el art. 944 del Código de Vélez, con ese agregado.
Al final, añadimos al modelo que los derechos y las obligaciones suceptibles de ser creados, modificados, transferidos, conservados o extinguidos por el acto jurídico, son los de "Derecho privado", porque el ejercicio de las facultades públicas de la autoridad, como los actos de gobierno, y el cumplimiento de las obligaciones también públicas, como el ejercicio del sufragio, están excluídos del presente Código. Quedan igualmente excluídos los actos jurídicos que entran en el campo del Derecho público y penal o en el campo del Derecho procesal, civil o penal. (Messineo, opus cit. II, parág. 33 — 1, pág. 332).
Confróntese: art. 81 C. brasileño; Windscheid, Diritto delle Pandette, t. I, parág. 69 pág. 202, versión italiana de Fadda y Bensa; Saleilles, De la Declaration de Volonté, Nº 2, pág. 2; Savigny, Sistema, t. I, parág. CIV, pág. 141; Ihering, Espíritu del Derecho Romano, t. IV, parág. LXIII, pág. 145; Bevilaqua, t. I, pág.317).

Art. 544. — El acto jurídico, sea positivo o negativo, uniteral o bilateral, entre vivos o disposición de última voluntad, requiere para su validez capacidad de obrar del agente, licitud de su objeto y forma prescripta o no prohibida por la ley.

Ver: art. 82 C. brasileño; 1108 C. francés; 1325 C. italiano; 1261 C. uruguayo; 1445 C. chileno; 1502 C. colombiano; 1501 C. ecuatoriano; 2447 C. nicaraguense; 1552 C. hondureño; 1143, 1155 y 1157 C. venezolano.

1075 C. peruano; 1794 C. mexicano; 1007 C. costarricense; 1772 C. de Luisiana; 1261 C. español; 643 C portugués; 1406 C. guatemalteco etc.
Este precepto, directamente inspirado en el art. 82 del C. brasileño, carece de antecedentes en los otros códigos que se citan en esta apostilla, pues, vaciados casi todos ellos en los moldes del C. francés, sólo pueden referirse a los requisitos de validez de los contratos, entre los cuales abundan los que exigen la "causa" de deber, a la que Giorgi llama "la cuarta rueda del triángulo". Para este Código, la causa de deber va implícita en la intención del que, al consentir, se obliga. En puridad no basta la intención, que es igual en todos los actos jurídicos de la misma naturaleza, razón por la cual no podría anularse un acto por causa ilícita, si la causa se ha de buscar sólo en la intención, con prescindencia de los motivos del obrar. Viene de aquí que Josserand enseñe que la causa de las obligaciones contractuales es la intención motivada del agente, porque sólo revelando estos motivos puede conocerse la moralidad o la inmoralidad del fin perseguido por el agente o el declarante.
Al referirnos a los actos jurídicos positivos o negativos, unilaterales o bilaterales, entre vivos o de disposición de última voluntad, juzgamos innecesaria la reproducción de los arts. 945 a 947 del C. argentino, omitidos por Bibiloni en su Anteproyecto y por la Comisión argentina de reformas del Código en el Proyecto de 1936, a causa de su naturaleza puramente didáctica.
Los tres requisitos de validez del acto jurídico no constituyen novedad alguna. La capacidad de la persona que obra, dice Ihering, es la primera condición de la validez de toda acción. La segunda condición del acto jurídico, agrega, es la posibilidad jurídica de su contenido. La tercera condición es la existencia de las relaciones concretas de que depende la validez de la disposición, la existencia del derecho de propiedad, por ejemplo, cuando se trata de una disposición que sólo el propietario puede válidamente hacer. Todo acto jurídico, añade nuestro autor, debe también indicar el contenido concreto de la voluntad en él expresada, es decir, su objeto, la suma, el derecho de que se ocupa la persona contratante (ver autor y opus cits. t. IV, parág. LXIII, pág. 175 y ss).
Cuanto al requisito: "forma", definida por el mismo Ihering como "el contenido desde el punto de vista de su visibilidad", ocioso es que ni en el Derecho romano ni en el actual se conciba una voluntad sin forma, que según él es la espada de Bernardo que ni corta ni pincha (ver t. III, pág. 181 y parág. 589 de nuestro Tratado de las Obligaciones).

Art. 545. — La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada en provecho propio por la parte capaz.

Mas si de una parte se obligan simultáneamente una persona capaz y otra relativamente incapaz, sólo ésta podrá demandar la anulación parcial del acto y aprovechar los efectos de su anulación, salvo que el objeto sea indivisible, caso en el cual la nulidad declarada aprovechará igualmente a la parte capaz.

Ver: art. 83 del C. brasileño y 700 del C. portugués. El primero de estos preceptos, sin antecedente en el C. argentino salvo el art. 1049 estatuye al final que la regla del primer apartado sufre excepción cuando "el objeto del derecho o de la obligación común fuere indivisible". Mas viniendo Eduardo Espínola a tratar de esta disposición hizo notar que no concibiéndose ninguna obligación común entre deudor y acreedor, sufre el precepto por su mala redacción, por lo que remitiéndose al art. 700 del C .portugués, fuente remota de inspiración de la parte final del art. 83, juzga que esta regla sólo podría tener aplicación si de un lado y simultáneamente se obligasen una persona capaz y otra relativamente incapaz, caso en el cual sólo el incapaz podría hacer anular el acto, pero aprovechándose de la nulidad también la persona capaz si la prestación fuere indivisible (ver Bevilaqua, t. I, pág. 319; Espínola, Manual do Codigo Civil Brasileiro, Parte Geral| Dos Factos Juridicos, t. III, Nº 41, pág. 168).

Art. 546. —Las personas absolutamente incapaces serán representadas por sus padres, tutores o curadores en todos los actos jurídicos; las relativamente incapaces por las personas y en los actos que este Código determina.

Ver: art. 84 C. brasileño; 107 C. alemán y art. XII del presente Código.

Art. 547. — En las declaraciones de voluntad, se atenderá más a su intención que al sentido literal de las palabras.

Ver: arts. 85 C. brasileño; 1156 a 1164 C. francés; 218 C. de Comercio paraguayo y argentino; 1362 a 1371 C. italiano; 1945 a 1951 C. de Luisiana; 684 C. portugués; 133 C. alemán; 18 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1281 C. español; 1560 C. chileno; 1298 C. uruguayo; 1851 C. mexicano; 1618 C. colombiano; 2496 C. nicaragüense; 1576 C. hondureño; 1328 C. peruano.
La mayor parte de los códigos citados en esta nota, salvo el alemán y el federal suizo de las obligaciones, se refiere a la interpretación de los contratos.

Art. 548. — Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos será exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento.

En cuanto a los actos relativos a las sucesiones por causa de muerte, se regirán por las disposiciones especiales de este Código.

Ver: art. 297 Anteproyecto de Bibiloni y 153 del Proyecto argentino de 1936.
En la substanciosa apostilla con que Bibiloni ilustra y fundamenta el art. 297 de su Anteproyecto, inspirado en la doctrina enseñada por Story en Conflict of Laws, parág. 242; por Savigny en su Sistema de Derecho

Romano Actual, t VI, parág. CCCLXX, pág. 237 y ss., (versión castellana); por los arts. 32 y 33 del Tratado de Derecho civil internacional de Montevideo de 1889 (que en el Tratado igual de 1940, corresponden al art. 37); por el estudio comparativo de los arts. 949, 8, 10, 1205 a 1210 del C. argentino, evidencia que la regla del lugar de la celebración del acto cede en presencia de la del lugar del cumplimiento (ver Anteproyecto, t. I, pág. 81, edición Kraft).
Savigny, en efecto, al desentrañar la jurisdicción especial y asiento de la obligación, luego de sentar el principio según el cual esa jurisdicción descansa en la libre sumisión de las partes, la cual resulta con la mayor frecuencia de una declaración de voluntad no expresa, sino tácita, siempre excluída por la expresión de una voluntad contraria, concluye que el asiento y jurisdicción especial de la obligación es aquel lugar donde las partes esperan su resultado o sea el lugar de su cumplimiento, porque sobre este punto se concentra la esperanza de las partes. Este lugar está siempre determinado, según nuestro autor, por la voluntad directa de las partes, la cual puede ser expresa o tácita, en virtud de la sumisión libre de los otorgantes del acto.

Art. 549. — El objeto de los actos jurídicos debe ser cosa que esté en el comercio, o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sea objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres, o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieren objeto.
Las cláusulas accesorias que bajo la apariencia de condiciones contravengan a lo dispuesto por este artículo, causan la nulidad del acto jurídico.

Ver: art. 953 C. argentino; 549, 552, 558 y 559 del Esboco de T. de Freitas; 299 del Anteproyecto de Bibiloni y 155 del Proyecto de 1936.
No está demás repetir aquí los preceptos complementarios del Esboco, omitidos por Vélez Sarsfield, acaso por su carácter muy didáctico. La imposibilidad, en los hechos, dice Freitas, se manifiesta, ya ella resulte del orden físico de la naturaleza, del orden intelectual o privativamente del orden jurídico.
Ella puede ser **absoluta** o **relativa**. Cuando el hecho, aunque posible en sí, no lo fuere por circunstancias particulares de algún obstáculo invencible, se manifestará una imposibilidad **relativa**.
Serán habidos como **absolutamente imposibles**:
1º) Los hechos que, por la enunciación de los actos jurídicos, fueren contradictorios.
2º) Los que fueren enunciados de un modo ininteligible, indeterminado o confuso.
3º) Los hechos inútiles extravagantes o irrisorios.
Serán habidos como **ilícitos e inmorales**:
a) Los que fueren acciones u omisiones prohibidas o contrarias al orden público y a las buenas costumbres.
b) Los que tuvieren por causa acciones u omisiones prohibidas, contrarias al orden público y a las buenas costumbres como la ocultación de crímenes y actos reprobados, o la recompensa de los mismos.
c) Los que se opusieren en cualquier forma a la libertad de conciencia, de expresión o de acción, o fueren ofensivos al honor.
Juzga Bibiloni que lo preceptuado por el art. 138 del Código alemán, está implícitamente comprendido en el art. 953 del C. argentino, por lo que no cree necesario reproducirlo.
Mas la Comisión argentina de Reformas del Código, con más acierto, juzgó que ese precepto merece un sitio expreso en el Código, por lo que lo trasegó literalmente al art. 156 del Proyecto de 1936, criterio que nosotros compartimos.

Art. 550. — Se juzgará contrario a las buenas costumbres el acto por el cual, explotando cualquiera la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o dar por él o por un tercero, en cambio de una prestación, ventajas patrimoniales que excedan al valor de esta prestación, de tal modo que, según las circunstancias, las ventajas estén en enorme discordancia con ella.

Ver: art. 138 C. alemán; 17 C. mexicano; 156 Proyecto argentino de 1936.
Saleilles, en la amplia nota con que, en De La Declaration de Volonté, explica los alcances del art. 138 del C. alemán, enseña que este precepto mira a fijar al poder judicial ciertos límites de naturaleza objetiva, que sean una garantía para la seguridad de las relaciones privadas y para el crédito económico y comercial. (pág. 252). Estos límites no proceden de una concepción jurídica ante la cual debe el juez detenerse, con sus manos atadas, sino de una comprobación objetiva de los usos corrientes que le permita anular los atentados, no sólo a la moralidad, sino también a las buenas costumbres. No se trata de la moralidad teórica que el juez puede considerar a través de la suya propia, sino de la que encuentra su expresión práctica en la concepción que el pueblo se hace, sea de la lealtad en los negocios, sea del respeto de la moralidad misma en el dominio de la vida jurídica (pág. 270). Tampoco esta moralidad está reducida a la moral privada, sino que abarca todos los deberes que incumben al individuo, como miembro de la colectividad social, y se extienden a las actividades industriales, a las de derecho público y a las de la esfera de las transacciones privadas.
El juez no debe juzgar de la moralidad del acto por lo que "**debiera ser**", sino por "**lo que es**". Los usos, desde luego, para saber lo que son las "buenas costumbres", que son los buenos usos, entendidos por tales los usos jurídicos, que son los que están en armonía con el estado social y económico de la sociedad actual. (pág. 283).
El art. 138 del Código alemán se vincula a las concepciones nuevas admitidas desde la ley del 24 de mayo de 1880, en materia de contratos usurarios. La usura es un mal, como el cáncer, incurable y difícil de descubrir. Mil modos hay de disimularlo. La ley de 1880 substituyó el principio de la libertad ilimitada por un nuevo sistema de restricción, fundado, no como en el pasado, sobre un elemento puramente objetivo, tal como la limitación general de la tasa del interés aplicada a todas las especies de contratos, sino sobre una apreciación individual de los elementos subjetivos de cada especie de contrato. El carácter abusivo y leonino del interés no puede ser fijado de una vez por todas, sino que depende de cada caso particular. Una tasa moderada puede ser el resultado de una extorsión tan escandalosa como la estipulación de un interés considerable. Y esta última —agrega Saleilles— puede, por el contrario, justificarse por razones que no impliquen una explotación del individuo.

La inmoralidad de la usura no depende de la tasa del interés, sino de la explotación que ella implica. Por consiguiente, es esta explotación la que debe probarse y sancionarse, sin atenerse a la desproporción de la tasa del alquiler del dinero, y de una manera general, a la desproporción objetiva de los equivalentes. Viene de aquí el nuevo sistema de incriminación de la usura, la que no es castigada en Alemania sino cuando la desproporción de la tasa del interés es el resultado de una explotación del individuo y ella es habitual o profesional.

Mas como quiera que la explotación contractual no sólo se manifiesta por la desproporción del interés en materia de préstamos, sino también en materia de prestaciones al contado, que es la lesión llevada a cabo por la explotación de la debilidad, de las necesidades, o de la miseria de uno de los contratantes, se la incriminó por la ley complementaria del 19 de junio de 1893.

Al tiempo en que en el Reistag se discutió el art. 138 del C. alemán, el diputado Grober evidenció que sin una garantía seria, ofrecía ese precepto un peligro de anulación de casi todos los contratos sinalagmáticos, dados que ninguno escapa a la impronta de una lesión que implica más o menos una explotación. Fue así como el texto alemán del art. 138 exige una desproporción chocante de las prestaciones, no sólo por la diferencia del valor recíproco de los equivalentes, sino atmbién por su violenta disconformidad con los usos corrientes, y que resulte de una explotación del individuo (pág. 29). Confróntese: Enneccerus, Parte General, t. II, parágrafo 178, pág. 295 a 303; y Code Civil Allemand, versión francesa de Bufnoir, Challamel, Drioux, etc., t. I, pág. 154).

Art. 551. — Toda convención de asistencia o de salvataje, celebrada en el momento o bajo la influencia del peligro, puede, a pedido de una de las partes, ser anulada o modificada por el juez, si estima que las condiciones estipuladas no son equitativas. En todos los casos en que la remuneración es excesiva, la convención puede ser anulada o modificada por el juez a pedido de la parte interesada .

Ver: Art. 7 de la Convención Internacional de Bruselas del 23 de setiembre de 1910 sobre Asistencia y Salvataje; y art. 1447 C. italiano; y lo que dejamos explicado acerca de esta Convención en el parágrafo 588 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y los autores allí citados.

Art. 552. — La calificación jurídica equivocada que del acto hagan las partes no perjudica su eficacia, y ésta será juzgada según el contenido efectivo de la declaración.

Si hubiera en el instrumento palabras que no armonicen con la intención que aparece del acto, éste será interpretado según esa intención.

Ver: art. 133 C. alemán; 300 del Anteproyecto de Bibiloni; 157 del Proyecto argentino de 1936 y arts. 559, 569, 1326 del C. argentino. Confróntese la apostilla de Bibiloni al art. 300 de su Anteproyecto.

Art. 553. — Los actos jurídicos producen el efecto declarado por las partes, el virtualmente comprendido en ellos y el que les asigne la ley.

Ver: art. 1198 C. civil; 301 del Anteproyecto de Bibiloni y 158 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 554. — La declaración de voluntad hecha a una persona ausente y cuya actual residencia se conozca, tiene efecto desde el momento que llega a su poder. Es nula, si la revocación llega antes o en el mismo instante que aquella.

Ver: art. 130 C. alemán y 302 del Anteproyecto de Bibiloni. La Comisión argentina de reformas del Código lo omitió en su Proyecto de 1936, pero la razón la tiene Bibiloni, desde que no se trata aquí de la celebración de contratos por correspondencia, sino de declaraciones de voluntad que existen sólo desde que llegan a conocimiento del destinatario.

Art. 555. — La declaración de voluntad se considera recibida por el destinatario cuando ha sido notificado de su substancia por intermedio de notario, o funcionario habilitado como tal por las leyes de enjuiciamiento civil para las citaciones.

Ver: arts. 132 C. alemán y 303 del Anteproyecto de Bibiloni, también omitido en el Proyecto argentino de 1936

Art. 556. — Cuando el declarante ignorare sin culpa a quién debe hacerse la notificación, o cuál es su domicilio actual, podrá ella efectuarse judicialmente con arreglo a las formas establecidas por las leyes de enjuiciamiento civil para las citaciones.

Juez competente, en el primer caso, es el del domicilio del declarante, o el de su actual residencia; y, en el segundo, el del lugar del último domicilio, o residencia, de la persona a quien se trata de notificar.

Ver: arts. 132 parágrafo 3º y 4º del C. alemán; y 304 del Anteproyecto de Bibiloni.

CAPITULO II

De la Forma de los Actos Jurídicos

Art. 557. — La forma es la substancia o contenido del acto jurídico exteriorizado por la solemnidades a cuya observancia subordina expresamente la ley su subsistencia y validez.

Ver: art. 973 C. argentino; 313 del Anteproyecto de Bibiloni y 159 del Proyecto argentino de 1936. Modificamos el art. 973 del C. argentino, porque, aún siendo él reproducción de la definición de Mackeldey (ver Elementos de Derecho Romano, parág. 165, pág. 100, 3ª edición), omite referirse a la voluntad jurídica del declarante, como si la forma vacía de contenido fuese la fuerza vinculativa de las partes. Bien ha dicho a este propósito Ihering que "no existe forma sin contenido, ni contenido sin forma", tal como lo explicamos en el Nº 590 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 558. — La validez de la declaración de voluntad no dependerá de forma especial, sino cuando la ley la designe expresamente bajo pena de nulidad salvo que ella commine sanción distinta por preterición de la forma establecida.

Ver: Art. 129 C. brasileño; 974 C. argentino; 314 Anteproyecto de Bibiloni; 669 del Esbcco de T. de Freitas; 11 C. Federal suizo de las Obligaciones; 125 C. alemán; 1325 inc. 4º y 1418 C. italiano. Sobre el in fine del artículo, ver: art. 130 C. brasileño; 125 C. alemán; 325 inc. 4º y 1418 C. italiano. Sobre el in fine del artículo, ver: art. 130 C. brasileño; 125 C. alemán; 11 segunda parte C. Federal suizo de las obligaciones.

Art. 559. — Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las forman que juzgaren conveniente, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 774

Ver: art. 974 C. argentino; 1352 C. italiano; 669 del Esboco de T. de Freitas; 314 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 560. — En los casos en que la expresión por escrito fuere exclusivamente ordenada o convenida, no puede ser suplida por ninguna otra prueba aunque las partes se hayan obligado a hacerlo por escrito en un tiempo determinado, y se haya impuesto cualquier pena; el acto y la convención sobre la pena son de ningún efecto.

Ver: arts. 975 C. argentino; 671 del Esboco de T. de Freitas; Goyena, 1202; 315 Anteproyecto de Bibiloni; 160 Proyecto argentino de 1936.

Art. 561. — En los casos en que la forma del instrumento público fuere exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba.

Esta regla se aplicará igualmente si el acto fuere celebrado con la cláusula de no valer sin instrumento público

Sobre el primer parágrafo, ver: art. 976 y 1183 C. argentino; 674 del Esboco de T. de Freitas; 316 del Anteproyecto de Bibiloni y 160 in fine del Proyecto argentino de 1936. Sobre el parágrafo 2º, ver: 133 C. brasileño.

Art. 562. — Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente.

Ver: art. 977 C. argentino; 674 y 726 del Esboco de T. de Freitas; 1202 de Goyena.

Art. 563. — La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta.

Ver: art. 978 C. argentino; 318 Anteproyecto de Bibiloni; 161 del Proyecto argentino de 1936; 672 del Esboco de T. de Freitas.

CAPITULO III

De la Simulación de los Actos Jurídicos

Art. 564. — La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.

Ver: art. 955 C. argentino; 521 y 522 del Esboco de T. de Freitas; 306 Anteproyecto de Bibiloni; 102 C. brasileño; 117 C. alemán; 1031 C. portugués; 2180 a 2184 C. mexicano; 1094 a 1097 y 1125 inc. 2º C. peruano; 1414 a 1417 C. italiano. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Ver los Nº 473 y ss., de nuestro Tratado de las Obligaciones y autores allí citados.

Art. 565. — La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.

Ver: art. 956 C. argentino; 522 del Esboco de T. de Freitas; 307 Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Ver: Nº 479 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 566. — La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.

Ver: art. 957 C. argentino; 523 del Esboco de T. de Freitas; 308 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Ver el Nº 483 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 567. — Cuando en la simulación relativa se descubriere un acto serio, oculto bajo falsas apariencias, no podrá ser éste anulado desde que no haya en él la violación de una ley, ni perjuicio a tercero.

Ver: art. 958 C. argentino; 309 Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936. Trátase de un mero desarrollo del artículo precedente.

Art. 568. — Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación.

Podrán, sin embargo, pedir la declaración de nulidad del acto simulado, y la repetición de los bienes entregados a la otra parte, o que ésta hubiera adquirido en virtud de él.

Sobre la primera parte, ver: art. 959 C. argentino; 310 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni y parág. 1º del 162 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º, ver: parág. 2º del 310 del Anteproyecto de Bibiloni y parág. 2º del 162 del Proyecto argentino de 1936.
Fundamentando Bibiloni el parágrafo 2º de este precepto, por el que se modifica el texto original del art. 959 del C. argentino, nos remite al pasaje de la obra de Chardón (Du Dol et de la Fraude, t. II, pág. 110) en el que este autor trata de una simulacióón hecha con el fin de substraer ciertos bienes a la acción de los acreedores y transcribe el siguiente considerando de una sentencia recaída en grado de apelación sobre el mencionado asunto, el cual dice así: "bien que sea regla ordinaria que no se puede oir al que alega su propia torpeza, y que, en general, los actos hechos en perjuicio de terceros, puedan ser atacados por éstos, no se sigue, sin embargo, que las partes estén obligadas a ejecutarlos entre ellas, lo que sería contrario al principio de nulidad absoluta de esos actos; ni que la máxima propriam turpitudinem allegans non est audiendus, sea aplicable al contrato simulado, contra el sentir de los autores más acreditados.
"Que este principio conduciría demasiado lejos, por cuanto resultaría que, si dos personas se hubieran reunido para defraudar a un tercero, por medio de un acto simulado, una sola de ellas aprovecharía del fraude y la simulación; de donde se sigue que el primer juez . . . ha incurrido en contradicción consigo mismo, manteniendo dichos contratos en beneficio del demandado, al mismo tiempo que establecía que una parte no podía aprovecharse del fraude a que había concurrido".
uzga Bibiloni que la cita de Chardon en la nota al art. 958 del C. argentino, es incompatible con el alcance que indebidamente se le atribuye, y menos lo es con el art. 960, según el cual pueden los jueces oír a los que han ejecutado un acto simulado ilícito, si hay un contradocumento del que por fuerza resultara que el acto oculto tenía ese carácter.
De acuerdo con la doctrina enseñada por Chardon, la simulación escapa al imperio de la máxima romana según la cual no puede oírse al que alega su torpeza para fundar su acción, y es ella la consagrada por los arts. 959 y 960 del C. argentino.
Viniendo nuestro autor a lo medular de este asunto, agrega: "Si se niega audiencia al que realizó el acto aparente, para dejarlo sin efecto, so color de que no puede hacerlo invalidar sin revelar su vileza, su mala acción, se habría adoptado la más singular política. Porque se le impide volver sobre lo hecho. Y el perjuicio no es solamente de él. Es la consolidación, por ministerio de la ley, del acto ilícito. Queda ejecutado por fuerza. Era ilícito porque perjudicaba el derecho de los acreedores, del cónyuge, de los herederos forzosos. Si se vuelve sobre él, desaparece el acto y sus consecuencias. Los beneficiados serían esos acreedores, esos herederos. Si nó se permite la acción del que sabe lo que está oculto, del que posee el

contradocumento que lo prueba, no es a él a quien se castiga, es a los que sufrieron por su culpa que trata de redimir. ¿Quién entendería que la ley adoptase como principio, que no se debe oír al que procura volver sobre su hecho, porque no lo puede sin probar su deshonestidad, al mismo tiempo?

"Y con ello se confirma la conservación de los bienes en poder de un cómplice que no obedecía a los móviles que determinaron a la otra parte, y que abusa de la confianza en él depositada para apoderarse de los bienes, sabiendo la importancia del dueño para rescatarlos. Si tal fuese la política de la ley, sería en verdad inexplicable.

"Lo que con el artículo proyectado se resuelve, y lo que con él se interpreta del 960, es que en la simulación ilícita no puede exigirse el cumplimiento de lo realmente pactado, aplicando así el principio general de que son nulos los actos jurídicos cuyo objeto es contrario al derecho, o a las buenas costumbres. Que las partes pueden provocar la declaración de invalidez, y la repetición de lo obtenido por el acto aparente. Y por fin, que en la simulación relativa puede perseguirse la ejecución del acto efectivo, cuando su objeto sea lícito, porque en tal supuesto las partes pudieron ajustarla libremente". (ver autor y opus cits t. I, pág. 86 a 89, edición Kraft; y el parág. 484 de nuestro Tratado de las Obligaciones).

Art. 569. — Si hubiere sobre la simulación un contradocumento firmado por alguna de las partes, para dejar sin efecto el acto simulado, cuando éste hubiera sido ilícito, o cuando fuere lícito, explicando o restringiendo el acto precedente, los jueces pueden conocer sobre él y sobre la simulación, si el contradocumento no contuviese algo contra la prohibición de las leyes, o contra los derechos de un tercero.

Ver: arts. 960 C. argentino; 311 del Anteproyecto de Bibiloni; 163 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 570. — Los terceros perjudicados por un acto simulado tienen acción para demandar su anulación, pero los efectos de la sentencia no afectarán la validez de los actos de administración o enajenación celebrados a título oneroso con otras personas de buena fe. Esta disposición se aplicará igualmente a la anulación declarada en virtud de acción, o efectuada por acuerdo de las partes que otorgaron el acto simulado.

Ver: art. 312 Anteproyecto de Bibiloni; art. 164 del Proyecto argentino de 1936; 105 C. brasileño; 1031 C. portugués; 2183 C. mexicano; 1281 C. venezolano; y lo que dejamos explicado en el parág. 485 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Ver igualmente art. 1415 C. italiano.

Art. 571. — La disimulación no podrá ser opuesta por los contratantes a los acreedores del titular aparente que de buena fe hubieren realizado actos de ejecución sobre bienes que fueron objeto del contrato simulado.

Los acreedores del enajenante simulado podrán hacer valer la simulación que perjudique sus derechos y, en el conflicto con los acreedores quirografarios del adquirente simulado, serán preferidos a éstos si su crédito fuere anterior al acto simulado.

Ver art. 1416 C. italiano. Sin antecedentes en el C. italiano abrogado, ni en el francés, ni en el argentino, ni en el Anteproyecto de Bibiloni ni en el Proyecto de 1936. La presente disposición es de origen doctrinal y jurisprudencial italiano. Mira ella a tutelar la expectativa, o confianza de los terceros de buena fé, respecto de la existencia y del alcance del negocio tal como se manifiesta por su apariencia externa.

La **regla de la apariencia** es aquella según la cual el contrato debe ser interpretado y ejecutado de acuerdo con la buena fe; o sea de acuerdo con la intención común de las partes; de suerte que siendo así, lógica y justo es que los terceros tengan el derecho de contar con la **realidad del acto** dada a conocer por sus autores a través de su apariencia. Como enseña Messineo, los terceros no estaban en situación de conocer la eventual diversidad entre el texto escrito del acto y su contenido oculto, por lo que pueden considerarlo como efectivo. La situación creada por la apariencia resulta de circunstancias **objetivas** y tiene por efecto **asimilar lo que aparece a lo que es.**

La tutela a la buena fe así lo dicta. Mas esta tutela desaparece no sólo cuando el tercero es de mala fe, sino también cuando él, empleando la diligencia común, habría podido reconocer la irrealidad del acto. En tales casos la apariencia no puede predominar sobre la realidad. (autor y opus cits. t. II, Nº 10, pág. 400). Explícase así la inoponibilidad de la simulación de parte de sus autores al acreedor del adquirente simulado que de buena fe ejecutó bienes simuladamente enajenados, como lo estatuye el paráágrafo 1º de nuestro artículo Esta regla trae su origen, dice Colagrosso, de la consideración de que el acreedor quirografario del comprador aparente, aun sin un derecho específico sobre el patrimonio de su deudor, es titular, en virtud de un acto de ejecución, de un derecho tutelable de modo autónomo, aun contra el propio deudor. El principio, según el cual los efectos de la simulación se localizan **inter partes**, y no trascienden en daño de terceros, cede cuando éstos han adquirido derechos después de la anotación preventiva de la demanda de simulación.

Por otra parte, —agrega nuestro autor— la norma de la inoponibilidad de la simulación se halla establecida a favor y no contra los terceros, razón por la cual pueden éstos prevalerse de la prueba de la simulación rendida por los contrayentes o bien preconstituída para la protección de sus derechos, de donde viene que los acreedores del enajenante simulado puedan valerse de la prueba de la simulación para accionar ejecutivamente sobre los bienes simuladamente enajenados.

Esta tutela de la buena fe que se presume en el momento de la adquisición, caduca por la inscripción preventiva de la declaración de simulación. Viene de aquí que en el conflicto o en el concurso del acreedor o acreedores del enajenante simulado y los acreedores quirografarios del simulado adquirente, sean aquellos preferidos a éstos, si su crédito es anterior al acto simulado. Se estima que los acreedores quirografarios del simulado adquirente no han podido ser investidos de derechos nacidos con posterioridad a la fecha del acto simulado, porque no han podido contar con la garantía de los bienes, objeto del referido acto, como por el contrario han podido contar los acreedores del simulado enajenante (ver autor y opus cit. **Parte Generale**, pág. 411 y ss.).

Art. 572. — La prueba por testigos de la simulación será admisible limitación si la demanda fuere promovida por terceros y cuando fuere destinada a hacer valer la ilicitud del acto disimulado, aunque fuere promovida por las partes.

Ver: art. 1417 C. italiano. La razón de este precepto, igualmente esbozado en los arts. 49 y 50 del Proyecto ítalo-francés del Código de las obligaciones y los contratos, es la limitación de los efectos del contradocumento de la simulación, en cuanto sólo pueden ser opuestos, en tanto no hayan sido declarados nulos, inter partes y sus sucesores a título universal, y no a los terceros, siquiera puedan éstos prevalerse de él.
En las relaciones inter partes deben éstas sufrir la limitación de la prueba testimonial establecida por la ley. Los terceros, en cambio, destituídos de la prueba arrojada por el contradocumento, no podrían evidenciar la simulación que les perjudica si tuviesen que sufrir dicha limitación, y porque además, para los terceros el acto simulado es un simple hecho jurídico.
La Corte de Casación italiana ha decidido por su sentencia del 13 de enero de 1932 y por la del 31 de enero de 1933 que se reputan terceros los legitimarios, en cuanto tienen un derecho intangible a la legítima, tutelable aún contra la malicia de su autor (ver Colagrosso Parte Generale, nota 2, pág. 413).

CAPITULO IV

Del fraude a los acreedores

Art. 573. — Todo acreedor quirografario o privilegiado, sea condicional o a plazo, puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos.

Ver: art. 961 C. argentino; 1041 Anteproyecto de Bibiloni; 587 Proyecto argentino de 1936; 1167 C. francés; 2901 C. italiano; 1030 a 1033 C. portugués; 1291 inc. 3º, 1297 y 1298 C. español; 2468 C. chileno; 2491 C. colombiano; 2487 C. ecuatoriano; 2226 C. nicaraguense; 1296 C. uruguayo; 1279 C. venezolano; 1098 C. peruano; 106 C. brasileño.
Agregamos al art. 961 del C. argentino la locución: "sea condicional o a plazo" porque operando la acción revocatoria o pauliana del acreedor quirografario perjudicado como salvaguardia de la integridad del patrimonio de su deudor, no es necesario que el acreedor esté provisto de título ejecutivo, ni que su crédito haya sido declarado judicialmente, ni que se haya promovido la acción para su declaración (Messineo, t. IV, parág. 108, pág. 151).
El fraude de que trata este artículo no es un vicio de la voluntad del declarante, como lo son el error, el dolo y la violencia, sino, por el contrario, un comportamiento ilícito, consistente en obrar, aun sin emitir una declaración, en subversión del deber de lealtad y corrección propio de la buena fe, en daño de un tercero, que puede ser no sólo un acreedor quirografario, sino también la propia esposa, los hijos y demás parientes legitimarios. Los acreedores tienen derecho a contar, para el pago de lo que se les debe, con la universalidad de los bienes de su deudor, así presentes, como los que pueda adquirir en lo venidero. La esposa que por sus capitulaciones matrimoniales confió la administración de sus bienes propios a su marido, tiene derecho a su restitución por disolución de la comunidad pactada con él. Los legitimarios tienen derecho a su porción legítima al fallecimiento de su progenitor (ver Messineo, t. II, pág. 132 y Bedarride, opus cit. t. IV, Nº 1403, pág. 2).
No respondiendo el deudor de sus deudas, en el antiguo Derecho romano, con sus bienes, sino con su persona, devenía esclavo de su acreedor por imposibilidad de reembolsarle lo debido. A su fallecimiento, sus herederos necesarios quedaban sometidos a la misma condición, como **sustinens personam defuncti**. Siendo así, como lo era, mal pudo haberse conocido la acción que posteriormente concibió el Pretor Paulo en favor de los acreedores que les permitiese atacar todos los actos fraudulentos de su deudor o sea los actos que a juicio de Ulpiano fueren de enajenación propiamente dichos, por los cuales se disminuía el patrimonio adquirido del obligado. Viene de aquí que dicha acción sea conocida por **acción pauliana**, también llamada **"revocatoria"**, en cuanto se endereza a restituir al patrimonio del deudor los bienes de que él hubiere dispuesto en fraude de sus acreedors.
Admitida esta acción no sólo por las comarcas francesas de derecho escrito, sino también por las de derecho consuetudinario, se explica que llegada la hora de la compilación del Código de Napoleón fuere sancionada por sus arts. 1166 y 1167, y trasegada posteriormente a todos los códigos de la Europa central y de nuestra América, más o menos vaciados en sus moldes. De las obras legislativas americanas, el Esboço de T. de Freitas le dedicó el largo Capítulo que corre desde el art. 528 al 548. Don Andrés Bello le consagró el art. 2468 del Código de Chile. El Código uruguayo su art. 1296. Y Vélez Sarsfield los arts. 961 a 972 del Código argentino.

Art. 574. — Para demandar la revocación de los actos fraudulentos del deudor, es preciso:

1º Que el que pretenda ejercer la acción pruebe, desde luego, que es realmente acreedor quirografario legítimo y como tal no garantizado por hipoteca o prenda.

2º Que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, haya adquirido fecha cierta antes del acto cuya es la revocación que se demanda.

3º Que el acto atacado haya sido otorgado en estado de insolvencia real, aunque no notoria, entendiéndose por tal la proveniente de la superioridad del pasivo respecto del activo del deudor. Este estado se presume desde que el deudor se encuentre fallido.

4º Que el tercero con el cual el deudor ha contratado a título oneroso sea cómplice en el fraude.

5º Que el perjuicio del actor es consecuencia inmediata del acto atacado, a menos que el deudor se hallare con anterioridad en estado de insolvencia.

Sobre el inc. 1º, ver: el art. 578 de este Código. Elemental es que instituyéndose la acción pauliana en protección de los intereses del acreedor quirografario, venga a ser la prueba de serlo el primer requisito legal de su promoción, para evitar que el que invoca tal calidad lo sea por simple colusión con el deudor.
Sobre el inc. 2º, ver: inc. 3º del art. 962 del C. argentino. Nosotros le agregamos el requisito de que el crédito haya adquirido fecha cierta antes del acto atacado. Si el crédito resultare probado por escritura pública o por instrumento público, su fecha será cierta. Si resultare de instrumento privado, su fecha cierta será la establecida de conformidad con el art. 1035 del C. argentino.
Sobre el inc.3º, ver: el inc. 1º del art. 962 del C. argentino, cuya redacción se presta a equívocos, pues, no dice si el estado de insolvencia es a la fecha de la promoción de la demanda o a la fecha del otorgamiento del acto tenido por fraudulento. Tampoco explica el sentido de la insolvencia, si es la insolvencia objetiva del C. de Comercio, según el cual se la presume por la cesación de pagos del deudor, o si por el contrario es la que resulta de la superioridad del pasivo en relación al activo, único caso en que el deudor queda reducido a la impotencia de pagar sus obligaciones. Si el activo del deudor civil es muy superior a su pasivo, no bastaría un protesto por falta de pago para que se le repute en estado de insolvencia, porque bien podría incurrir en incumplimiento por falta circunstancial de numerario. Claro está que si el deudor fuere comerciante declarado en quiebra, se presumiría su insolvencia actual. Mas para que proceda la acción pauliana sería menester que el acto atacado haya sido otorgado en estado de insolvencia, porque sólo así el acto sería fraudulento para sus acreedores. (Ver: Bédrride, opus cit. t. IV, Nº 1429, pág. 31).
Sobre el inc. 4º, omitido en el art. 962 del Código argentino, pero mencionado en el art. 968 del mismo cuerpo legal, ver: Bédarride, opus cit. t. IV, Nº 1432; y la nota de Vélez a este precepto, trasegada de la obra de Chardón; art. 107 C. brasileño; 1034 C. portugués y 2901 inc. 2º C. italiano. y lo que dejamos explicado en el Nº 518 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
La buena fe del tercero adquirente a título oneroso se presume hasta la prueba contraria, la cual podrá rendirse por la testifical y la de presunciones. Si no se prueba la complicidad del tercero, el acto oneroso sería mantenido a pesar de la prueba del acto fraudulento del deudor.
La colusión o mala fe del tercero no necesita ser probada si el acto fraudulento del deudor consiste en la enajenación a título gratuito hecha por él en estado de insolvencia.
Sobre el inc. 5º, ver: inc. 2º del art. 962 del C. argentino. El fraude a los acreedores es un hecho ilícito, el que como tal supone daño y la responsabilidad de su autor por las consecuencias mediatas e inmediatas de su acción, a tenor de lo dispuesto por los arts. 504 y 505 de este Código. Es el eventus damni o praejudicium que dejamos explicado en el Nº 519 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Sobre todo el artículo ver: art. 1042 Anteproyecto de Bibiloni y 588 del Proyecto argentino de 1936.

Art 575. — Exceptúase de la condición 2ª. del artículo anterior el acto de disposición fraudulenta que, aun siendo anterior al nacimiento del crédito, hubiere sido dolosamente preordenado por el deudor con el objeto de perjudicar la satisfacción de los derechos de eventuales acreedores, como las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fueren ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irrogue el crimen.

Ver: arts. 963 C. argentino y 2901 inc. 1º C. italiano; Messineo, t. IV, 4 bis, pág. 152 y Nº 513 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Modificamos la redacción del art. 963 del C. argentino, al hacerlo preceder de lo dispuesto por el inc. 1º del art. 2901 del C. Italiano, pues, tal como está en el Código de Vélez podría creerse limitado el precepto al sólo caso del que ha cometido un crimen, cuando la doctrina propende a darle extensión a otros supuestos, siquiera no fueren necesariamente de crimen, como si un corredor de bolsa, con mira a una cuantiosa operación de cambio o de compra o venta de acciones a término, enajenare fraudulentamente todos sus bienes presentes para arriesgarse a tales negocios, como jugando a cara o cruz o a la ruleta, dispuesto a no pagar las pérdidas que eventualmente podrían resultar a su cargo.
Dejamos así las enajenaciones del que ha cometido un crimen, que dice el art. 963 del C. argentino, como uno de tantos casos que podrían ofrecerse.

Art. 576. — Los acreedores del deudor que en fraude de sus derechos renunciare o abdicare derechos patrimoniales que están en el comercio por cuyo ejercicio hubiera podido mejorar el estado de su fortuna, o impedir su disminución, podrán demandar su revocación, y subrogarse a él para incorporarlos a su patrimonio.

Ver: art. 964 C. argentino; 1044 del Anteproyecto de Bibiloni y 589 del Proyecto argentino de 1936.
Ha de leerse la larga nota con que Bibiloni justifica la modificación por él propuesta del 964 del Código de Vélez (ver opus cit. t. II, pág. 23, edición Kraft). Con arreglo a ella n o s o t r o s, sin alterar la substancia del precepto, modificamos su redacción en los términos del que dejamos esbozado. Hemos creído acentuar la naturaleza patrimonial del derecho renunciado o abdicado, porque los inherente a la persona, escapan a la acción subrogatoria de los acreedores. Derechos patrimoniales hay que por estar fundados en derechos inherentes a las personas, como la acción civil por el agravio moral, causado por las injurias y la difamación, del art. 1099 del C. argentino, y la de revocación por causa de ingratitud del donatario del art. 1858 de ese cuerpo legal, no están sujetos a la acción revocatoria de los acreedores, porque no son bienes afectados al pago de sus deudas.
Tampoco hemos reproducido la locución incidental del 1044 del Anteproyecto de Bibiloni que dice: "aunque no fuesen irrevocablemente adquiridos", porque no adquiriéndose los derechos sino por su ejercicio, salvo los hereditarios, mal podrían ser objeto de la acción de los acreedores antes de su adquisición.
Era lo importante para Bibiloni reducir a sus verdaderos términos la substancia del 964 del C. argentino para evitar que por su excesiva generalidad pudiera intentarse la acción revocatoria de la "renuncia de facultades por cuyo ejercicio hubiera podido el deudor mejorar el estado de su fortuna", sin excluir aquellas que por estar fundadas en derechos inherentes a la persona, están fuera del comercio. No otro es el origen

de la disposición que nos ocupa. El art. 788 del C. francés, en cuanto faculta a los acreedores de aquél que renunciare su herencia en perjuicio de sus derechos, a pedir que se les autorice judicialmente a aceptarla en su caso y lugar, es decisión que los compiladores de dicho código extrajeron de la antigua jurisprudencia de su país, en abierta contradicción con la del Digesto: Non fraudatur cum quid non adquiritur a debitore, sed cum quid de bonis diminuatur (L. 6, parág. 2. De his quae in fraud. credit.), o sea que el deudor puede defraudar a sus acreedores por las enajenaciones de su patrimonio adquirido y actual, pero no por la omisión de adquirir o por su negativa a aumentar su patrimonio. (ver Bédarride, opus cit. t. IV, Nº 161, pág. 196). La doctrina del art. 788 del C. francés mereció la adhesión de sus glosadores, como más racional que la adoptada por el legislador romano. Se entendió que el resultado era igual, sea que el deudor se hiciere insolvente por enajenaciones, o que siéndolo ya, rechazase los medios que se le ofrecen para satisfacer a sus acreedores.

Art. 577. — Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude.

Ver: art. 968 C. argentino; 1049 del Anteproyecto de Bibiloni; 591 del Proyecto argentino de 1936; 107 C. brasileño; 1036 C. portugués; 2901 inc. 2º C. italiano, y lo que dejamos dicho en el Nº 518 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 578. — El ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia. La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia.

Ver: art. 969 C. argentino; 1050 del Anteproyecto de Bibiloni; 591 del Proyecto argentino de 1936.
Confirma este precepto lo estatuido en el inc. 3º del art. 573 del presente Código.
Acerca de la insolvencia estatuye el art. 1036 del C. portugués que: "Declárase la insolvencia cuando la suma de los bienes o créditos del deudor, estimados en su justo valor, no iguala al total de sus deudas. La mala fe, en tal caso, consiste en el conocimiento de este estado". Tal es la doctrina que acogimos en nuestra apostilla al inc. 3º del art. 574 de este Código.
El art. 107 del C. brasileño dispone acerca de este extremo que son igualmente anulables los contratos onerosos del deudor insolvente, cuando "la insolvencia fuere notoria o hubiere motivo para ser conocida del otro contratante.
La mala fe no aparece aquí como requisito del fraude, pero se induce del conocimiento que el otro contratante tuvo o pudo tener de la insolvencia del deudor.
En el Inc. 4º del art. 571 de este Código se preceptúa que "el tercero con el cual el deudor ha contratado a título oneroso es cómplice en el fraude" (ver sobre la notoriedad de la insolvencia del deudor, el t. IV,Nº 1439 de Bédarride)

Art 579. — El tercero a quien hubieren pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubieren presentado, o dando fianza suficiente sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos.

Ver: art. 966 C. argentino; 1047 del Anteproyecto de Bibiloni; 549 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936, y el Nº 521 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 580. — Si el acto del deudor insolvente que perjudicare a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquél a quien sus bienes hubieren pasado, ignorase la insolvencia del deudor.

Ver: art. 967 C. argentino; 1048 Anteproyecto de Bibiloni; 592 del Proyecto argentino de 1936. Ver el Nº 518 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 581. — La revocación de los actos del deudor sólo será pronunciada en el interés de los acreedores que la hubieren pedido, y hasta el importe de sus créditos.

Ver: art. 964 C. argentino; 1046 de Anteproyecto de Bibiloni; 594 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936 y Nº 528 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 582. — La acción revocatoria de los actos de enajenación a título gratuito u oneroso hechos por el deudor insolvente en fraude de sus acreedores debe ser intentada contra éste, la persona que con él celebró la estipulación considerada fraudulenta, y los terceros adquirentes que hayan procedido de mala fe.

Ver: art. 109 C. brasileño; 1037 C. portugués; 1691 C. mexicano.

Art. 583. — Si la persona a favor de la cual el deudor hubiere otorgado

un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiere adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuere por título oneroso, sólo en el caso que el subadquirente hubiere sido cómplice en el fraude.

Ver: art. 970 C. argentino: 1051 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936. Ver: N. 526 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 584. — El acreedor, obtenida la revocación del acto fraudulento del deudor, puede promover frente a los terceros adquirentes las acciones ejecutivas o conservativas sobre los bienes que constituyen el objeto del acto impugnado. El que siendo cómplice en el fraude los adquirió, debe devolverlos con todos sus frutos, como poseedor de mala fe.

Sobre la primera parte, ver: parágrafo 1º del art. 2902 del C. italiano, y sobre el in fine el art. 971 C. argentino; 1052 del Anteproyecto de Bibiloni. Ver: el Nº 524 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 585. — El que de mala fe hubiere adquirido las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un subadquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido.

Ver: art. 972 C. argentino; 1053 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 586. — El acreedor quirografiario que abierto el concurso civil del deudor insolvente recibiere de éste el pago de una deuda no vencida, quedará obligado a reponer en provecho de la masa sobre la cual deba efectuarse el concurso de acreedores, aquello que recibió.

Ver: art. 110 C. brasileño; 1039 C. portugués; 2172 C. mexicano; 540 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 587. — Presúmese fraudatorias de los derechos de los otros acreedores quirografarios las garantías reales de hipoteca, prenda o anticresis que el deudor insolvente hubiere constituido a favor de algún acreedor.

Ver: art. 111 C. brasileño; 1042 C. portugués; 2177 C. mexicano.

Art. 588. — Se presumen de buena fe y son válidos, los actos o negocios ordinarios, indispensables al mantenimiento del establecimiento mercantil, agrícola o industrial del deudor.

Ver: art. 112 C. brasileño y 541 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 589. — Quedan a salvo las disposiciones sobre la acción revocatoria en materia de quiebra de comerciantes y en materia penal.

Ver: art. 2904 C. italiano.

TITULO III

DE LA MODALIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

CAPITULO I

De la condición

Art. 590. — Considérase condición la autolimitación de la voluntad del declarante que une arbitrariamente la existencia de una relación de

derecho a un acontecimiento futuro e incierto, del cual depende la adquisición de un derecho, o la resolución de un derecho ya adquirido.

Ver: Savigny, Sistema, t. II, parágrafo CXVI, pág. 215; art. 114 C. brasileño; 528 C. argentino; 1168 C. francés; 2016 C. de Luisiana; 1353 C. italiano; 672, 678 y 680 C. portugués; 1114 C. español; 158 C. alemán; 151 y 154 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1938 a 1940 C. mexicano; 1473 y 1479 C. chileno; 1407 C. uruguayo; 1197 y 1198 C. venezolano; 1103 C. peruano; 1530 y 1536 C. colombiano; 1878 C. nicaraguense; 1376, 384 y 1385 C. hondureño; 1529 y 1535 C. ecuatoriano; 1450 C. guatemalteco; 759 C. boliviano; 567 del Esboço de T. de Freitas; 319 del Anteproyecto de Bibiloni; 165 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese: Eduardo Espínola, **Manual do Codigo Civil Brasileiro**, t. III, pág. 47 y 48; Bevilaqua, opus cit. t. I, pág. 358; Messineo, opus cit. t. II, Nº 2, pág. 460; Rossel, opus cit. t. I, Nº 308, pág. 213; Enneccerus, opus cit. Parte General, t. II, parág. 181, pág. 314 y ss.; Bufnoir, Challamel, Drioux, etc., **In Code Civil Allemand**, t. I, pág. 190; Aubry y Rau, t. IV ,parág. 302, pág. 94, 5ª. edición; Toullier, t. VI, Nº 472 y ss., 4ª. edición; Duranton, t. XI, Nº 5 y ss., pág. 3 y ss., 4ª edición; Larombiere, t. II, Nº 1, y ss., pág. 2 y ss.; Laurent, t XVII, Nº 32 a 38, pág. 49 y ss.; Huc, t. VII, Nº 240 y ss., pág. 320 y ss.; Baudry Lacantinerie y Barde, t. XIII, Nº 743 y ss.; Planiol, **Traité Elementaire**, t. II, Nº 374 y ss.; 9ª edición; Esmein in Planiol y Ripert, t. VII, Nº 1024 y ss., pág. 331 y s.; Stolfi, t. III, Nº 174, pág. 87 y ss.; Coviello, **Manuale, Parte Generale**, parág. 132, pág. 44 y ss.; Pacchioni, **Elementi di Diritto Civile**, pág. 283 y ss.; Josserand, **Cours de Droit Civil Positif Francais**, t. I, Nº 108 a 116, pág. 73 y ss., etc.
Sobre la desubicación de esta materia en los códigos francés y sus imitaciones y la necesidad de trasladarla a la teoría de los actos jurídicos, ver lo que dejamos explicado en el Nº 409 de nuestro Tratado de las Obligaciones y sobre el concepto de la condición lo que decimos en el Nº 410.
El sistema francés, imitado incluso por el Código italiano de 1942, reduce el campo de aplicación de la condición a sólo las obligaciones contractuales, como si sólo en los contratos se ofreciere la actuación libre de la voluntad. Mas este error de técnica legislativa ha sido corregido en el Código alemán y el C. Federal suizo de las obligaciones, lo mismo que en los códigos americanos, como el brasileño, ceñido a gran parte de su metodología. También el C. peruano de 1936 ubicó la condición en el sitio que le corresponde, como modalidad, no sólo de los contratos, sino de los actos jurídicos en general. Explícase así que este método haya sido observado por Bibiloni en su Anteproyecto y por la Comisión argentina de reformas del Código en el Proyecto de 1936.
El Código alemán no define qué sea la condición, porque es regla general de su estructura reservar las definiciones a las obras doctrinales. El Código brasileño se acerca en su art. 114 a lo que podría pasar por definición de ella. Nosotros, empero, reproducimos en nuestro art. 590 la definición que Savigny dió de la condición, seguida por Windscheid y otros pendectistas germanos, porque juzgamos necesario acabar con el clásico error de confundir la condición con el acontecimiento futuro e incierto del cual la voluntad de los declarantes ,hace depender la existencia de una relación de derecho, cuando la condición no es sino la autolimitación de la voluntad del declarante con relación a los efectos del negocio jurídico.
Con esta aclaración reproduciremos todos los preceptos del Código argentino que hayan sido recibidos sin alteración por Bibiloni y los compiladores del Proyecto argentino de 1936, porque nos hemos trazado el plan de conservarlos en tanto armonicen con el estado actual de la legislación civil, sin perjuicio de las enmiendas que se verán más adelante, como por ejemplo la que tiene que ver con los efectos de la condición suspensiva, que, según el derecho tradicional, son retroactivos, al paso que el derecho actual no admite que lo sean.

Art. 591. — Si el hecho futuro contemplado por el declarante fuere un acontecimiento que sucederá ciertamente, sólo diferirá la exigibilidad de la relación de derecho, siquiera las partes lo consideraren condición.

Ver: arts. 528 C. argentino; 319 del Anteproyecto de Bibiloni; 165 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 592. — No se considera condición la cláusula que no derive exclusivamente de la voluntad de las partes, pero que resulta necesariamente de la naturaleza del derecho al cual accede.

Ver: art. 117 C. brasileño; 568 inc. 1º del **Esboço** de T. de Freitas. Ilustrando este precepto, sin antecedente en el C. argentino, dice Bevilaqua: Por ejemplo, compro un predio por la suma X si el vendedor se compromete a otorgarme escritura de transferencia de dominio a mi favor. Como este instrumento hace parte de la substancia del acto, su elección no depende de la voluntad de la parte. Ocurriría otro tanto si alquilare una casa bajo la condición de que el locador me garantice su uso pacífico durante el tiempo del contrato. Esta garantía, agrega nuestro autor, es esencial a la locación, es una obligación del locador. No es condición (autor y opus cits. t. I, pág. 362).

Art. 593. — Sin lícitas todas las condiciones que la ley no prohiba expresamente. Son especialmente prohibidas las siguientes:

1º Habitar siempre un lugar determinado, o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero;

2º Mudar o no mudar de religión;

3º Casarse con determinada persona o con aprobación de un tercero, o en cierto lugar o en cierto tiempo, pero será válida la de casarse en general;

4º Vivir célibe perpetua o temporalmente, o no casarse con persona determinada, o divorciarse.

Corresponde a los jueces decidir si toda otra condición o carga se halla comprendida en uno de los incisos del presente artículo.

Ver: arts. 521, 530 y 535 C. argentino; 321 del Anteproyecto de Bibiloni; 166 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 594. — La condición de no hacer una cosa imposible no perjudica la eficacia del acto.

Ver: arts. 532 C. argentino; 322 del Anteproyecto de Bibiloni; 166 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 595. — Las condiciones deben cumplirse de la manera en que las partes verosimilmente quisieron y entendieron que habían de cumplirse.

El cumplimiento de las condiciones es indivisible aunque la prestación consista en hechos divisibles. Cumplida sólo en parte, los efectos del acto jurídico no existen o se resuelve en parte.

Ver: arts. 533, 534 y 535 C. argentino; 168 incs. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936; 324 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 596. — Cuando en el acto se hubieren puesto varias condiciones disyuntivamente, bastará que una de ellas se cumpla; pero si se hubieren puesto conjuntamente y una sola quedare sin realizar, se entenderá que no se ha cumplido.

Ver: arts. 536 C. argentino; 325 Anteproyecto de Bibiloni y 168 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 597. — Las condiciones se juzgan cumplidas, cuando las partes a quienes su cumplimiento aprovecha, voluntariamente las renuncien; o cuando, dependiendo del acto voluntario de un tercero, éste se negare al acto, o rehusare su consentimiento.

Ver: art. 537 C. argentino; 326 del Anteproyecto de Bibiloni; 168 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 598. — Se juzgará cumplida la condición cuando contra la buena fe se hubiere impedido su cumplimiento por aquel a quien su realización perjudicaría. Se entenderá que no se ha cumplido cuando de la misma manera se hubiere efectuado por hecho del beneficiario.

Esta regla no se aplicará cuando una u otra parte se limitare al ejercicio regular de un derecho propio.

Ver: arts. 538 C. argentino; 327 Anteproyecto de Bibiloni; 168 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; 629 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 120 C. brasileño; 162 C. alemán; 1178 C. francés; 1359 C. italiano; 679 y 681 del C. portugués; 119 del C. español; 1420 del C. uruguayo; 769 del C. boliviano; 156 C. F. suizo de las Obligaciones; 1208 del C. venezolano; 130 del C. japonés; 941 C. de Montenegro; 1945 C. mexicano; 1481 in fine C. chileno; 1538 in fine C. colombiano; 1537 in fine C. ecuatoriano; 1889 C. nicaraguense; 2035 C. de Luisiana. Confróntese lo que dejamos explicado acerca de este precepto en el Nº 427 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y la nota de Bibiloni a los arts. 326 y 327 de su Anteproyecto (t. I, pág. 93).

Art. 599. — La condición de que un acontecimiento sucederá en un tiempo fijo, caduca, si pasa el término sin realizarse, o desde que sea indudable que no se realizará.

Ver: 539 C. argentino; 328 del Anteproyecto de Bibiloni y 168 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936. Ver el Nº 428 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 600. — La condición de que un acontecimiento no se verifique un tiempo fijo, queda cumplida si pasa el tiempo sin verificarse.

Ver: art. 540 C. argentino; 329 Anteproyecto de Bibiloni; 1177 C. francés; 2034 C. de Luisiana; 678 C. portugués; 1419 C. uruguayo; 1482 C. chileno; 1538 C. ecuatoriano; 1888 C. nicaraguense; 1207 C. venezolano; 1539 C. colombiano; 1105 C. peruano. Confróntese el Nº 428 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 601. — Si no hubiere tiempo fijado, la condición deberá cumplirse en el tiempo que es verosímil que las partes entendieron que debía cumplise.

Se la tendrá por cumplida cuando fuere indudable que el acontecimiento no sucederá.

Ver: art. 541 C. argentino; 330 del Anteproyecto de Bibiloni y 168 inc. 6º in fine del Proyecto argentino de 1936; 1177 in fine del C. francés; 2034 segunda parte C. de Luisiana; 1482 C. chileno; 1418 C. uruguayo; 1206 segunda parte C. venezolano; 1115 C. peruano; 1947 segunda parte C. mexicano; etc. Ver el Nº 428 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 602. — El acto jurídico subordinado a la condición que haga depender en absoluto su eficacia de la voluntad del deudor, es de ningún efecto; pero si la condición la hiciere depender de un hecho que puede o no puede ejecutar la persona obligada, el acto será válido.

Ver: arts. 542 C. argentino; 331 del Anteproyecto de Bibiloni; 1174 C. francés; 2019 y 2029 C. de Luisiana; 1355 C. italiano; 115 C. brasileño; 764 C. boliviano; 1478 C. chileno; 1418 C. uruguayo; 1202 C. venezolano; 1535 C. colombiano; 1534 C. ecuatoriano; 1881 C. nicaraguense; 1377 C. hondureño; 1944 C. mexicano; 681 C. costarricense; 1115 C. español. Ver en Nº 423 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 603. — Si el acto jurídico se subordinare a una condición suspensiva, los efectos que dependen de su realización no tendrán lugar sino desde que ella se haga efectiva.

Ver: 545 C. argentino; 332 Anteproyecto de Bibiloni y 69 del Proyecto argentino de 1936; 158 C. alemán; 151 y 154 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1108 y 1110 C. peruano; y el 99 de la República de China. Según estos Códigos, el cumplimiento de la condición suspensiva no produce efectos retroactivos al día del acto.
Por el contrario, confieren efectos retroactivos a la condición suspensiva cumplida, los arts. 1179 del C. francés; 1360 C. italiano; 678 C. portugués; 1426 y 1427 C. uruguayo; 1120 C. español; 1209 C. venezolano; 118 C. brasileño; 1941 C. mexicano; 2036 C. de Luisiana; 1382 C. hondureño; 1890 C. nicaraguense; 772 C. boliviano.
El art. 545 del C. argentino también confiere, en principio y respeto de las partes, efectos retroactivos a la condición suspensiva cumplida. Confirman esta regla las excepciones relativas a esos efectos respecto de terceros, cuando se trata de cosas fungibles, art. 549; de muebles, art. 550 y de inmuebles, art. 551.
Mas inspirado nuestro art. 603 en el 332 del Anteproyecto de Bibiloni, queda dicho que en esta materia seguimos la doctrina del art. 158 del C. alemán y lo explicado por Bibiloni en su apostilla al 332 por él esbozado. Confróntese lo que acerca de ambas doctrinas dejamos expuesto en los Nos. 429 y 430 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 604. — Si la relación de derecho fuere subordinada a una condición resolutoria, sus efectos cesan por el cumplimiento de ella. A partir de este momento se restablece el estado anterior a la celebración del acto. Debe restituirse lo que se hubiere recibido a virtud de la obligación.

Ver: arts. 555 C. argentino; 333 del Anteproyecto de Bibiloni y 169 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936. En este caso se consagra el principio de la retroactividad de la condición cumplida como lo explicamos bajo el Nº 434 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, pág. 410 y Bibiloni, opus cit. t. I, pág. 96).

Art. 605. — Pueden las partes estipular que la condición produzca efectos retroactivos, caso en el cual quedarán ellas obligadas a entregarse recíprocamente lo que les habría correspondido, si el cumplimiento de la condición hubiere tenido lugar al tiempo de la formación del acto.

Ver: art. 334 del Anteproyecto de Bibiloni; 170 del Proyecto argentino de 1936; 159 C. alemán; 151 segunda parte C. Federal suizo de las obligaciones.

Art. 606. — Pendiente la condición suspensiva no puede exigirse el cumplimiento de la obligación a ella subordinada.
Si el deudor hubiere entregado bienes en ejecución de la obligación condicionada, podrá repetirlos.
Si la condición no llegara a cumplirse, se juzgará que el acto no existió

Ver: arts. 547 y 548 C. argentino; 335 Anteproyecto de Bibiloni y 171 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese el Nº 427 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 607. — Pendiente la condición resolutoria, el acto deberá cumplirse como si fuera puro y simple. Si ella no se cumpliere, o fuere cierto que no se cumplirá, el derecho a ella subordinado quedará irrevocablemente adquirido como si nunca hubiere habido condición.

Ver: art. 554 C. argentino; 336 del Anteproyecto de Bibiloni; 171 del Proyecto argentino de 1936. Ver lo que decimos en el Nº 436 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 608. — El que posea un derecho subordinado a una condición suspensiva podrá exigir, en caso de realizarse la condición, daños y perjuicios a la otra parte, si ésta, durante el tiempo intermedio de la suspensión, ha destruido o limitado el derecho dependiente de la condición.
En caso de un acto bajo condición resolutoria, tendrá el mismo derecho

en las mismas circunstancias aquél en cuyo beneficio se restablece la situación jurídica anterior.

Ver: art. 160 C. alemán; 337 del Anteproyecto de Bibiloni y 173 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese la apostilla de Bufnoir, Challamel, Drioux, etc. al art. 160 de su versión francesa del Code Civil Allemand, t. I, pág. 193. Enseñan estos autores que aun cuando la condición no produce efectos retroactivos, se ha considerado que el acto jurídico del que ella depende es desde su celebración un vínculo contractual susceptible de comprometer la responsabilidad del que sería deudor si la condición se cumpliere. Este queda obligado a no hacer nada que pueda comprometer el derecho en suspenso. Por consiguiente, si lo ha comprometido por su culpa, debe indemnizar el perjuicio. Agregan esos autores que por el art. 160 se prevén, sobre todo, los hechos de disposición material, como los actos de destrucción o de deterioro de la cosa transmitida o que debe ser transmitida por el que se ha obligado bajo condición.

Art. 609. — Si alguien hubiere dispuesto de un objeto bajo condición suspensiva, todo acto de disposición ulterior de ese objeto realizado durante el tiempo de la suspensión, quedará invalidado por el cumplimiento de la condición en cuanto anule o impida el efecto de esta última.

Se equiparará a este acto el que se realice durante el tiempo de la suspensión por vía de ejecución forzosa, de embargo o por el Síndico en la quiebra.

Lo mismo sucederá en caso de que la condición sea resolutoria con los actos de disposición realizados por aquel cuyo derecho cese por el cumplimiento de la condición.

Será aplicables por analogía las disposiciones consignadas en favor de terceros adquirentes de buena fe.

Ver: art. 161 C. alemán; 338 Anteproyecto de Bibiloni y 173 del Proyecto argentino de 1936.
Explicando Bufnoir, Challamel, Drioux, etc., en su versión francesa del Code Civil Allemand la substancia de su art. 161, enseñan que este precepto se ocupa, no de las disposiciones materiales a que se refiere el artículo precedente, sino de los hechos jurídicos por los cuales se dispone de un derecho del que ya se ha dispuesto bajo condición, como la cesión de un crédito ya cedido condicionalmente, o la enajenación ulterior de una cosa que ha sido el objeto de una anterior enajenación bajo condición. Se trata de saber, agregan, si estos actos serían válidos, dejando al habiente derecho condicional, reducido a sólo un crédito por indemnización, lo que importaría hacer de la relación obligatoria del artículo anterior un vínculo puramente personal; o si, por el contrario, esos mismos actos serían ineficaces en la medida en que son incompatibles con el derecho ya enajenado, lo que equivaldría a hacer de la obligación a cargo del que lo enajenó un vínculo real, que afecta a su derecho de disposición. El Código alemán distingue, a este propósito, según que el acto condicional sea obligatorio o real. Si sólo es un acto generador de obligación, una venta por ejemplo, los actos posteriores de disposición, aunque tuvieran por objeto imposibilitar la transferencia de dominio debida en virtud de la venta, si la condición se realiza, quedan válidos. El derecho de disposición del vendedor permanece intacto.
Mas si el acto condicional es de cesión, de enajenación o de una manera general, de disposición de un derecho, el acto ulterior hecho en violación del derecho eventual dependiente de la condición, se juzgaría no celebrado; sería ineficaz. Y lo sería ab inicio aun cuando el texto no lo dice, lo que importa admitir, parcialmente al menos, la idea de retroactividad.
El principio de la obligación real así establecido, mira a la protección de los terceros de buena fe, entendiéndose por tales aquellos que ignoraban la prohibición de enajenar (ver autores y opus cits. t. I, pág. 195 y Bibiloni, t. I, nota a los arts. 337 y 338 de su Anteproyecto, pág. 97, edición Kraft).

Art. 610. — Cumplida la condición, sea suspensiva, sea resolutoria quedan subsistentes los actos de administración realizados por el propietario durante el tiempo intermedio, y se respetarán los actos de percepción de frutos y los contratos de locación que hubiere hecho sin fraude.

Art. 611. — Pendiente la condición, los interesados podrán usar de todas las medidas conservatorias de los derechos que les corresponderían en el caso de que se cumpliera.

Ver: art. 546 C. argentino; 340 del Anteproyecto de Bibiloni; 171 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1210 C. venezolano; 1180 C. francés; 1356 C. italiano; 1121 C. español; 2037 C. de Luisiana; 121 C. brasileño; 682 C. portugués; 1942 C. mexicano; 683 C. costarricense; 771 C. boliviano; 1423 C. uruguayo; 600 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 612. — Si pendiente la condición, pareciere la cosa determinada en el acto jurídico, sin culpa de parte, las relaciones jurídicas quedarán extinguidas para todos los interesados, como si la condición no se hubiera cumplido. Si hubiere culpa y se cumpliera la condición, el que hubiere incurrido en ella será responsable a la parte no culpada por su equivalente y por los perjuicios e intereses.

Ver: arts. 556 y 579 C. argentino; 341 del Anteproyecto de Bibiloni; y 172 del Proyecto de la Comisión argentina de 1936.

CAPITULO II

De los cargos impuestos en los actos jurídicos

Art. 613. — Los cargos impuestos no impiden los efectos de los actos jurídicos, sino cuando constituyen una condición. En caso de duda, se juzgará que no importa una condición.

Ver: art. 558 C. argentino; 342 del Anteproyecto de Bibiloni; 117 del Proyecto argentino de 1936; 1454 inc. 3º y y 1455 C. portugués; 128 C. brasileño; 622 C. español; 525 a 527 C. alemán; y sobre la naturaleza jurídica del modus ver lo que explicamos en el Nº 437 de nuestro Tratado de las Obligaciones y los autores allí citados. En substancia, el modus es un derecho con obligación, que no se debe confundir con la condición suspensiva, porque no limita la eficacia del acto jurídico o negocio, sino la entidad del enriquecimiento del que sufre la carga; ni con la condición resolutoria, especialmente la potestativa, porque la donación modal es definitivamente eficaz y no queda expuesta a perder eficacia, como por efecto de la condición resolutoria cumplida (ver Messineo, opus cit. cit. t. II, pág. 472). Casos hay empero, en los cuales el modus puede confundirse con la condición resolutoria potestativa, como en el ejemplo con que Coviello ilustra esta delicada materia, y es "cuando te doy —dice este jurista— mil pesos con la obligación de emplear esta suma en la adquisición de títulos de la deuda pública", supuesto en el cual vengo a decir que, si no ejecutas el encargo, quiero que la donación se tenga por no hecha. Se tendría así una condición resolutoria potestativa bajo la apariencia de modus. Y si dijere en la donación: "te doy mil, si tu no los empleares de otro modo que no sea la adquisición de títulos público", el modus no sería, en substancia, sino una condición suspensiva negativa (ver autor cit. Manuale di Diritto Italiano, pág. 446, 3ª. edición).
Ya Savigny advirtió que 'hay ciertas materias en que las convenciones de este género pueden revestir la forma de condiciones, casos en los cuales obran de un modo muy diferente" (ver autor cit. Sistema, t. II, parág. CXXVIII, pág. 282).
Casos también hay en que el modus sabe a un consejo. Teixeira de Freitas, tan didáctico como era, estatuyó por el art. 657 de su Esboço que: "No habrá designación de cargo, cuando se declarase que se da o deja, a fin de que el beneficiario, en su provecho exclusivo, ejecute cierto hecho o realice cierta diligencia. Tales declaraciones deben ser consideradas como advertencias o consejos que no se tiene obligación de cumplir". Ofreciéndose la duda, la resolverá el juez por aplicación de las reglas de hermenéutica, la principal de las cuales la señaló el propio T. de Freitas en su art. 656, según el cual: "La cuestión de haber en el acto jurídico una designación de cargos o una condición, será resuelta más por la intención del disponente que por las palabras que haya empleado. Si la intención fuere dudosa se resolverá de preferencia haber una designación de cargos".
Esto es lo que estatuye nuestro art. 613, trasiego del 558 del C. argentino.

Art. 614. — Si hubiere condición resolutoria, la falta de cumplimiento de los cargos hará incurrir al beneficiado en la pérdida del derecho que haya adquirido, previa sentencia que así lo decida. Habrá esa cláusula si el disponente conminare de modo expreso la restitución de los bienes adquiridos, con sus frutos o sin ellos, toda vez que el beneficiario no cumpla los cargos.

Ver: art. 559 C. argentino; 658 del Esboço de T. de Freitas. Omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936. Confróntese lo que explicamos en el Nº 440 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 615. — Si no hubiere condición resolutoria, la falta de cumplimiento de los cargos, no hará incurrir en la pérdida de los bienes adquiridos; y quedará a salvo a los interesados el derecho de constreñir judicialmente al gravado a cumplir los cargos impuestos.

Ver: art. 560 C. argentino; 659 del Esboço de T. de Freitas; 343 del Anteproyecto de Bibiloni y 180 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 616. — Si no hubiere plazo para cumplir los cargos, deberán cumplirse en el plazo que el juez señale.

Arts. 561 C. argentino; 661 del Esboço de T. de Freitas; 344 del Anteproyecto de Bibiloni y 179 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 617. — La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de los derechos, pasa a los herederos del que fuere gravado con ellos, a no ser que sólo pudieren ser cumplidos por él, como inherentes a su persona. Si el gravado falleciere sin cumplirlos, la adquisición del derecho queda sin ningún efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos, o a sus herederos legítimos.

Ver: art. 562 C. argentino; arts. 663 y 664 del Esboço de T. de Freitas; 345 del Anteproyecto de Bibiloni

y 181 del Proyecto argentino de 1936. Ver lo que a este respecto dejamos expuesto en el Nº 442 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 618. — La reversión no tendrá efecto respecto de terceros, sino en los casos en que puede tenerlo la condición resolutoria.

Ver: arts. 563 C. argentino; 665 del Esboço de T. de Freitas; 346 del Anteproyecto de Bibiloni y 181 In fine del Proyecto argentino de 1936. Ver: el Nº 443 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 619. — Si el hecho que constituye el cargo fuere imposible, ilícito o inmoral, no valdrá el acto en que el cargo fuere impuesto.

Ver: art. 564 C. argentino; 666 del Esboço de T. de Freitas; 347 del Anteproyecto de Bibiloni y 178 del Proyecto argentino de 1936. Ver: Nº 441 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 620. — Si el hecho no fuere absolutamente imposible, pero llegare a serlo después sin culpa del adquirente, la adquisición subsistirá, y los bienes quedarán adquiridos sin cargo alguno.

Ver: art. 565 C. argentino; 667 del Esboço de T. de Freitas; 348 del Anteproyecto de Bibiloni y 178 segunda parte del Proyecto argentino de 1936, y el Nº 441 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO III

Del plazo

Art. 621. — El plazo o determinación del tiempo es una autorestricción de la voluntad añadida a una declaración por la que limitando el agente la eficacia de una relación de derecho, expresa que los efectos del acto jurídico sólo empiecen con la llegada de un acontecimiento futuro y cierto, (término inicial), o sólo duren hasta la llegada del mismo (término final).

Ver: Enneccerus, Parte General, t. II, parág. 180, pág. 313; Savigny, Sistema, t. II, parág. CXXV, pág. 268, Windcheid, **Diritto delle Pandette**, t. I, parág. 34, pág. 96 y notas allí de Fadda y Bensa, versión italiana de estos autores y lo expuesto en los Nos 445 y 446 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Ningún Código define qué sea el plazo, concebido por sus compiladores a la manera que lo expresa el art. 1185 del C. francés y los demás vertidos en sus moldes, como el tiempo dado o limitado para la ejecución de la obligación, distinto de la condición en cuanto no suspende, sino que dilata el cumplimiento de la prestación obligatoria, y así lo estatuyen los arts. 2043 del C. de Luisiana; 776 C. boliviano; 1304 C. holandés; 1125 C. español; 1185 C. italiano; 566 C. argentino; 1433 C. uruguayo; 1494 del C. chileno; 1551 C. colombiano; 1550 C. ecuatoriano; 1896 C. nicaraguense; 1387 C. hondureño; 1211 C. venezolano, 1112 C. peruano; 1953 C. mexicano; 1458 C. guatemalteco, etc.
Esta concepción del plazo, propia del Derecho tradicional, fue inspirada por la regla romana: **Praesens obligatio est In diem autem dilata solutio**, también consagrada por la Ley 14, tít. 11, Partida 5ª, no contempla sino aquel aspecto del plazo sólo aplicable al cumplimiento de la obligación, o sea en cuanto sin retardar el derecho emergente del acto, sólo retarda su ejecución. Mas plazos hay distintos de éste, como son los plazos suspensivos, que retardan el efecto de un acto hasta la realización de un acontecimiento cierto, de tal suerte que el derecho que el acto debe producir no exista sino desde ese momento, o todavía, si se trata de transferencias, que ésta no se realizará sino en esa fecha.
Según el art. 141 del Proyecto de Código alemán, esta clase de plazo suspensivo debe presumirse en los contratos reales de transferencia de dominio o de cesión, o de una manera general, en los actos de disposición.
Mas el art. 163 del Código alemán omitió esta distinción y la presunción en favor de ella. Según este precepto, todo depende de la intención de las partes. Y la presunción se deducirá de la naturaleza del acto, conforme, en general, con los ejemplos que hemos señalado (ver Bufnoir, Challamel, Drolux, etc., **Code Civil Allemand**, t. I, nota al art. 163, pág. 198).
Siendo así, como lo es, lógico era que el estatuto del plazo fuese incorporado a la teoría de los Hechos y Acots jurídicos, después de la condición, como modalidad de la voluntad del declarante. Y esto explica que al presente nos apartemos de la sistemática del Código argentino relativa a esta materia, tal como lo hemos explicado en la cátedra, en el curso del Derecho de las Obligaciones.

Art. 622. — Si al realizar un acto jurídico se hubiere fijado para su efecto un término inicial o final, se aplicarán por analogía los arts. 607, 610 y 613 relativos a la condición suspensiva si se tratare de un término inicial, y la de los mismos artículos sobre la condición resolutoria si fuere cuestión de un término final.

Ver: art. 163 C. alemán; 124 C. brasileño. Son éstos los únicos códigos consagrantes del precepto que trasegamos a nuestro art. 626, destinado a reglar los efectos de cualquier acto de disposición realizado

in medio tempore por el deudor o enajenante a término suspensivo o resolutorio. En el primer supuesto, el efecto jurídico del acto no se produce sino al vencimiento del término, sin efecto retroactivo. La única diferencia con la condición es que en el presente caso el acaecimiento del término es cierto, al paso que si se trata de condición, el hecho futuro es incierto. La misma disposición se aplica al término extintivo que a su vencimiento hace cesar los efectos del acto, por lo que se lo asimila a la condición resolutoria.
Por aplicación de estas reglas, dice Bevilaqua, el titular de un derecho adquirido a término suspensivo o inicial puede ejercer actos conservatorios, con más razón del titular del derecho eventual subordinado a una condición suspensiva. Puede así registrar y transcribir su título; exigir fianza de aquel que está en el goce actual del derecho, y usar, en fin, de los medios jurídicos adecuados a la conservación del derecho, que ya es suyo, pero cuyo ejercicio sólo le está diferido.
En el segundo supuesto, por el acaecimiento del término final (dies ad quem, ad diem), se extingue el derecho a que él se refiere, así como los creados o transferidos por el titular, pues, sólo existían temporariamente. Ejemplos de aplicación de los efectos del término final, equiparado a la condición resolutoria, son los arts. 2668 y 2670 del C. argentino y 647 del C. brasileño (ver Bevilaqua, t. I. pág. 370; y Eduardo Espínola, Manual do Código Brasileiro, t. III, pág. 556 y ss.) Ver igualmente el art. 353 del Anteproyecto de Bibiloni y 185 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 623. — El término puede referirse a una fecha dada, o a un acontecimiento futuro y necesario, aun cuando se ignore cuándo se producirá En el primer caso será cierto y en el segundo incierto.

Ver: arts. 567 y 568 C. argentino; 349 del Anteproyecto de Bibiloni; y 182 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 624. — Cualquiera que sean las expresiones empleadas en la declaración, se entenderá haber plazo, y no condición, siempre que el hecho futuro fuere necesario aunque sea incierto, y se entenderá haber condición y no plazo, cuando el hecho futuro fuere incierto.

Ver: art. 569 del C. argentino, omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936. No vemos razón alguna que justifique la supresión de este precepto, reducido a una regla de hermenéutica, tan necesaria cuando la ignorancia de las leyes no excusa a nadie, y son tantos los que las ignoran.

Art. 625. — El plazo puesto en los actos jurídicos se presume establecido en favor de todos los interesados, a no ser que, por el objeto del acto o por otras circunstancias en él expresadas, resultare que se constituyó solamente a favor exclusivo de uno de ellos. El pago no podrá hacerse antes del plazo sino de común acuerdo. En los testamentos, el plazo es a favor del heredero o legatario.

Ver: arts. 570 C. argentino; 1899 C. nicaraguense; 1436 C. uruguayo; 1127 C. español; 1389 C. hondureño; 350 Anteproyecto de Bibiloni; 163 del Proyecto argentino de 1936. En contra: arts. 1187 C. francés; 1506 C. holandés; 2048 C. de Luisiana; 778 C. boliviano; 1184 C. italiano; 1214 C. venezolano; 126 C. brasileño; 81 C. Federal de las Obligaciones; 740 C. portugués; 1554 C. colombiano; 1497 C. chileno; 1553 C. ecuatoriano; 271 segunda parte C. alemán.

Art. 626. — Se supone que el que ha ejecutado el acto antes del vencimiento del plazo, conocía el término, por lo que no puede repetir lo que hubiere entregado; pero si lo ha hecho por ignorarlo, tendrá derecho a la repetición, dentro de los límites de la pérdida sufrida, de aquello en que el acreedor se ha enriquecido por efecto del pago anticipado.

Ver: arts. 571 del Código argentino y el 791 inc. 1º en contradicción con él, por lo que Bibiloni auspicia la supresión de este último. Ver los arts. 351 de su Anteproyecto e in fine del 183 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese con lo que explicamos en el Nº 457 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y con el in fine del art. 1185 del C. italiano.

Art. 627. — El deudor constituido en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación. Tampoco podrá reclamarlo cuando por hecho propio disminuyó las garantías que había dado por contrato a la otra parte o porque no le dió las que le había prometido o porque otro acreedor hiciere remate de la prenda o la hipoteca que hubiere constituído, en ejecución de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.
Si la obligación fuera solidaria o afianzada, el plazo no decaerá respecto de los demás codeudores o fiadores.

Ver: arts. 572, 754 y 3161 C. argentino; 1188 C. francés; 1186 C. italiano; 1307 C. holandés; 2049 C. de Luisiana; 779 C. boliviano; 1438 C. uruguayo; 1215 C. venezolano; 1496 C. chileno; 1553 C. colombiano; 1552 C. ecuatoriano; 1901 C. nicaraguense; 1391 C. hondureño; 1959 C. mexicano; 1129 C. español; 1163 del Anteproyecto de Bibiloni; 704 del Proyecto argentino de 1936; 201 C. de las Obligaciones de Polonia y 120 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 628. — Son transmisibles los derechos patrimoniales sometidos a un plazo suspensivo o extintivo, aun cuando fuere tan largo que no sea previsible que las partes puedan sobrevivir a su vencimiento.

Ver: arts. 573 C. argentino; 352 del Anteproyecto de Bibiloni y 184 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 629. — Los actos entrevivos sin plazo son exigibles inmediatamente o cuando el acreedor lo exija, salvo que su ejecución tuviere que ser hecha en lugar distinto, o dependiere de tiempo.

Ver: arts. 127 C. brasileño; 743 C. portugués; 75 C. Federal suizo de las Obligaciones; 271 parágrafo 1º C. alemán; 1183 primera parte C. taliano; 1212 C. venezolano; 1440 C. uruguayo; 1115 C. peruano; 1128 C. español; 2045 C. de Luisiana.

Art. 630. — Si el plazo se fijare por meses o por años que no deban transcurrir sin interrupción, se contará, para todos los efectos legales, el mes de treinta días y el año de trescientos sesenta y cinco días, por el Calendario Gregoriano.

Ver: art. 191 y 186 C. alemán y 23 del C. argentino; 8 del Esboço de T. de Freitas; 1187 y 2963 C. italiano; 125 C. brasileño; 1130 C. español; 76 a 78 C. Federal Suizo de las Obligaciones; 1956, 1176 al 1180 C. mexicano; 881 a 883 C. costarricense; 196 C. de las Obligaciones de Polonia.

Art. 631. — El día es el intervalo entero que corre de media noche a media noche; y los plazos de días no se contarán de momento a momento, ni por horas, sino desde la media noche en que termina el día de su fecha.

Si el comienzo de un plazo se determinare desde el principio de un día, se contará éste en dicho plazo. Lo mismo sucederá respecto del día del nacimiento para el cálculo de la edad.

Ver sobre el parágrafo 1º el art. 24 C. argentino; 9 y 10 del Esboço de T. de Freitas.
Sobre el parágrafo 2º ver el parágrafo 2º del 187 del C. alemán.

Art. 632. — El plazo fijado por días terminará al expirar el último. El fijado por meses, año o años, terminará el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año.

Art. 633. — Cuando la fecha del plazo de mes o meses fuere de los últimos días de un mes de más días que el mes en que ese plazo terminare, el último día del mes será el último día del plazo.

Ver: arts. 26 C. argentino; 12 del Esboço de T. de Freitas y parágrafo 2º del art. 188 del C. alemán.

Art. 634. — Todos los plazos serán contínuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día; y así, los actos que deben ejecutarse en o dentro de cierto plazo, valen si se ejecutan antes de la media noche, en que termina el último día del plazo.

Ver: arts. 27 C. argentino; 14 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 635. — En caso de prórroga de un plazo, se contará de nuevo a partir de la expiración del anterior, aunque caiga en día festivo, salvo pacto en contrario.

Ver: art. 190 C. alemán; 1187 y 2963 C. italiano.

Art. 636. — En los plazos que fijaren las leyes o los tribunales, o los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.

Ver: arts. 28 C. argentino y 15 del Esboço de T. de Freitas.

CAPITULO IV

De la cláusula penal

Art. 637. — La cláusula penal es aquella unida a la declaración por la que el agente restringe su voluntad respecto del monto de la indemnización debida en la eventualidad del incumplimiento total o parcial o cumplimiento tardío o imperfecto de la prestación a su cargo, de suerte a excluir por anticipado del arbitrio judicial las controversias a que, en defecto de ella, se hallaría ocasionada su fijación.

Sin antecedente en el C. argentino, pero cuyo art. 652 armoniza con nuestro art. 637. Ver: Rossel: Manual du Droit Fédéral des Obligations, t. I, Nº 325, pág. 221.

Como lo dejamos explicado en el Nº 465 de nuestro Tratado de las Obligaciones, la cláusula penal es una modalidad del acto jurídico, la que, como tal, no es exclusiva de las obligaciones contractuales, como se infiere del art. 1152 del C. francés, 1382 C. italiano y demás códigos, sino de todo acto jurídico, razón por la cual Pacifici-Mazzoni, considerándola tal, la estudia después de la condición y el plazo, y así también lo enseña Messineo (opus cit. t. IV, parág. 133, Nº 16. pág. 445) al mencionarla entre los elementos accidentales del negocio jurídico, como la condición, el término y el modus.

Los arts. 160 a 163 del C. Federal suizo de las Obligaciones y los arts. 339 a 345 del C. alemán, dicen bien claro, por su ubicación, lo que la cláusula penal es para sus compiladores, y esto ha de bastar para convencernos que los arts. 652 a 666 del C. argentino, desvinculados del desarrollo de la teoría de los hechos y actos jurídicos, y también fuera de la de los contratos, están fuera de lugar. Este sensible error metodológico del Código de Vélez debe atribuirse, sin duda, a la influencia que sobre él ejerció el Esboço de T. de Freitas, cuyos arts. 990 a 1003 fueron fuente de inspiración para el codificador argentino.

Llama así la atención que reconociendo Bibiloni que la cláusula penal puede establecerse por actos entre vivos, y por disposición testamentaria, y tanto en el momento de constituir la obligación, como posteriormente, (ver opus cit. t. II, nota al art. 1060 de su Anteproyecto, pág. 31, edición Kraft), haya ubicado esta materia entre los efectos de las obligaciones, los cuales tampoco se conciben fuera de un acto jurídico aunque no sea un contrato.

Hecha la liquidación consensual y anticipada de los daños e intereses, sea al celebrar el acto jurídico o después, por acto separado, no puede el juez atribuir al acreedor una suma mayor o menor, salvo el caso del art. 660 del C. argentino, en que se exige la aceptación previa de él, porque como enseña Stolfi, la liquidación consensual importa una transacción (ver Diritto Civile, t. III, Nº 689, pág: 329). Y ya se sabe que la transacción está equiparada en cierto sentido, por su fuerza, a la cosa juzgada.

Creer que la cláusula penal se halla instituida para "asegurar el cumplimiento de una obligación", como reza el art. 652 del C. argentino, y no para otra cosa, es pensar con la mente de los jurisconsultos romanos, dado que en su época se ofrecían numerosos casos de obligaciones no obligatorias iure civile, tal como Planiol nos advierte al distinguir esta concepción bimilenaria de la del derecho moderno, según la cual la convención es obligatoria por sí misma. (ver autor cit. Traité Elementaire, t. II, Nº 254, pág. 92). En casos excepcionales. enseña este autor, la cláusula penal puede servir para dar una acción a una persona que sin ella no la tendría, como acontece en la estipulación en favor de otro. Como el que prometa el hecho de otro no se obliga personalmente a nada y por consiguiente ningún vínculo obligatorio puede constituirse contra él, está admitido que mediante una cláusula penal agregada a la convención quede obligado a pagar la pena si el tercero designado en el acto no cumple la prestación a su cargo. A la inversa, el que estipula por otro no adquiere ninguna acción contra el prometiente, a quien nada puede reclamar, por falta de un interés personal. Una cláusula penal estipulada en su favor hará nacer ese interés y le conferirá una acción, de suerte que si el prometiente no cumple en provecho del tercero designado el hecho convenido, será obligado a pagar la pena.

La definición de nuestro artículo 637 abarca en su generalidad la substancia de los arts. 652, 655, 656 del C. argentino, por lo que omitiremos su reproducción en lo que sigue.

Art. 638. — La pena sólo podrá consistir en una prestación de valor pecuniario, bien sea en beneficio de la otra parte o de un tercero. En este último caso la pena sólo podrá ser demandada por el primero.

Ver: arts. 653 C. argentino; 991 del Esboco de T. de Freitas; 1061 del Anteproyecto de Bibiloni y 599 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Acogemos la reforma del art. 653 del C. argentino esbozada por Bibiloni, cambiando de ella la palabra "acreedor" por la de "la otra parte", desde que no siempre la pena mirará a "asegurar el cumplimiento de una obligación", como lo dejamos explicado en la apostilla al artículo anterior.

Los intérpretes del art. 160 del C. Federal suizo de las Obligaciones juzgan que la pena debe siempre consistir en una suma de dinero (ver Schneider y Fick, Commentaire, Nº 18, pág. 20). Idéntica es la decisión del art. 339 del Código alemán, en cuanto reduce la pena "al pago de una suma de dinero", lo mismo que la del 1152 del Código francés que concibe la pena como una "suma determinada" que el deudor debe pagar en concepto de intereses y perjuicios".

Mas esta limitación de la noción de la pena reducida a una suma de dinero, es sólo propia de los códigos que así lo estatuyen. Otra era la noción de la pena del Derecho romano. El Digesto, Libro IV, tít. VIII, De receptis qui arbitrium receperunt, Ley 11, parág. 2, atribuída a Ulpiano lib. 3, ad Edictum, dice que: "Cuando el Pretor habla de un compromiso por el cual se hubiese estipulado una pena, debe entendérselo no sólo referido al caso en que las dos partes hubiesen estipulado una multa de cierta suma de dinero, sino también al de que la pena estipulada consistiese en otra cosa que no sea dinero"... Quod ait praetor: pecuniam compromissam, accipere nos debere, non si utrinque paena nummaria, sed si et alia res vice paene, si quis arbitri sententia non steterit, promisa sit: et ita Pomponius scribit" (ver: Les Cinquante Livres du Digeste ou Des Pandectes, versión francesa de Hulot, t. I, pág. 333).

Explícase así que viniendo Pacifici-Mazzoni a tratar de esta materia, enseñe que: "la cláusula penal propia es una convención por la cual, una persona, para asegurarse el cumplimiento de una obligación, se obliga a cualquier cosa, como por ejemplo, al pago de una suma, á la dación de una cosa, a la prestación de un

hecho, en el caso de no cumplirla o de retardar su ejecución" (ver autor cit. Instituzioni di Diritto Civile Italiano, t. IV, Nº 97, pág. 179).
Explícase igualmente que caracterizando el art. 1382 del C. italiano de 1942 la clusula penal la defina como obligación de "efectuar determinada prestación".
Siendo así, como lo es, la reforma del art 653 del C. argentino auspiciada por Bibiloni, no puede menos que merecer nuestra adhesión.

Art. 639. — La pena puede ser estipulada para el caso de falta de cumplimiento puntual, o para el de inejecución total o parcial.

En cada uno de esos casos la pena substituye a la indemnización de los daños e intereses respectivos. El acreedor no tendrá derecho a una pena mayor aunque pruebe que la indemnización no es suficiente. Para obtenerla, no está obligado a probar que ha sufrido perjuicio, ni el deudor se eximirá de satisfacerla probando que el acreedor no ha sufrido perjuicio alguno.

Ver: arts. 522, 655 y 656 del C. argentino; 992 y 993 del Esboco de T. de Freitas, fuentes directas e inmediatas de los dos últimos preceptos, como el primero es trasiego del 1152 del C. francés. Bibiloni esbozó el 1062 de su Anteproyecto, en el que se refunden los ya citados del Código de Vélez y además lo preceptuado en el art. 654, y la Comisión argentina de Reformas del Código, en el 600 de su Proyecto de 1936.
La estipulación penal romana se presenta, dice Perozzi, como una estipulación subordinada a la condición del incumplimiento de la obligación principal. Viene de aquí que tanto en el Derecho clásico, como en el nuevo, se rigiese en varios de sus aspectos por la norma común de las obligaciones condicionales (ver autor cit. Instituzioni di Diritto Romano, t. II, parág. 145, pág. 172, 2ª edición).
Explícase así que no se incurra en la pena sino por culpa o mora. Por consiguiente, si la obligación principal debe cumplirse en un término dado, se incurre en la pena por el vencimiento del término. Si la obligación principal no tiene término prefijado a su complimiento, no incurre el deudor en la pena sino por su constitución en mora, y si la obligación es de no hacer, por su sola contravención (ver Pacifici-Mazzoni, opus cit. t. IV, pág. 180).
La subrogación de la pena a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento total o parcial o por simple retardo de la obligación principal, es de la esencia misma de la cláusula que la autoriza, porque como ya lo hemos explicado, la convención de las partes acerca de su monto, embebe una transacción, tal como la califica Stolfi.
Cuanto a la inmutabilidad de la pena estipulada, también es de la esencia de este instituto, pues, lo que con ella quieren las partes es ahorrarse los largos y dispendiosos pleitos a que se expondrían sin ella. Siendo así, la fijación de su monto escapa a la jurisdicción de los jueces, salvo el caso único del art. 660 del C. argentino, que reproduciremos más adelante, de la conformidad del acreedor con el cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal a cargo del deudor. Mas, como lo advertimos en el Nº 470 de nuestro Tratado de las Obligaciones, otra es la norma de algunos códigos modernos, como el alemán, art. 343 para el caso de que la pena convenida sea desproporcionada con el perjuicio, supuesto en el cual podrá el juez, a petición del deudor, reducirla a una suma equitativa, fijada en consideración al interés pecuniario u otro interés legítimo del acreedor e igualmente el art. 1243 C. Sardo.
El art. 161 del C. Federal suizo de las Obligaciones estatuye que: El acreedor cuyo perjuicio exceda del monto de la pena, no podrá reclamar una indemnización superior sino probando la culpa del deudor.
El art. 252 del C. de la República de China, ya abrogado, preceptúa que "Si la pena estipulada es excesiva, puede el Tribunal reducirla a un monto conveniente". Lo mencionamos por su valor meramente documental.
El 920 del C. brasileño estatuye que el valor de la cláusula penal no puede exceder al de la obligación principal, pero por su art. 924 faculta al juez a reducir su monto cuando sólo se cumpliere en parte la obligación principal.

Art. 640. — La nulidad de la cláusula penal no afecta la validez del acto jurídico. Mas la nulidad de éste causa la de la pena, a menos que de su invalidez nazca la obligación de indemnizar, caso en el cual se deberá la multa. Anulado el acto jurídico, subsistirá, sin embargo, la cláusula penal si ha sido contraída por un tercero con la cláusula de incurrirse en ella si él no cumpliere la obligación principal.

Ver: arts. 663 y 664 C. argentino y sus fuentes los arts. 995 y 996 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas.
Ver igualmente: arts. 1063 del Anteproyecto de Bibiloni y 601 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 641. — Si la obligación principal es de término prefijado, el deudor incurre en la pena por el mero incumplimiento de aquélla, sin necesidad de interpelación. Mas si la obligación principal no tiene término prefijado, el deudor no incurre en la pena sino por su constitución en mora.

Ver: arts. 654 y 655 C. argentino; 992 del Esboco de T. de Freitas; 1064 del Anteproyecto de Bibiloni y 602 del Proyecto argentino de 1936.
Era necesario modificar el 655 del C. argentino, por el que se subordina a la mora del deudor la aplicación de la pena, sin aclarar la naturaleza de la obligación principal, en contradicción con el art. 654 según el cual el deudor incurre en la pena estipulada por mero incumplimiento en el tiempo convenido. Advirtiendo esta contradicción, Bibiloni, con buen acierto, esbozó el art. 1064 de su Anteproyecto, que nosotros, a nuestra vez, hemos debido aclarar en los términos de nuestro art. 643.
Una cosa es el incumplimiento y otra cosa el mero retardo. En las obligaciones a término prefijado, vencido que sea éste sin realizarse la prestación principal, el deudor incurrirá en la pena por incumplimiento. Mas, si no hubiese término prefijado al cumplimiento de la obligación principal, ocioso es que se exija la interpelación al obligado para constituirle en mora, si la pena fue estipulada por simple reardo.

Art. 642. — La pena establecida para el caso de simple retraso no se

aplica al caso de incumplimiento, ni la pena establecida para este supuesto se aplica al primero, salvo que la pena haya sido estipulada para cualquiera de ambos casos, o que el deudor haya sido declarado en quiebra.

Ver: art. 1066 del Anteproyecto de Bibiloni y el 603 del Proyecto argentino de 1936, sin antecedente en el C. argentino, no así en Demolombre, t. XXV, Nº 657, pág. 614. En caso de quiebra, todas las obligaciones del deudor, vencidas y no vencidas son exigibles para que por su liquidación sean prorrateados los acreedores quirografarios.

Art. 643. — El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación principal por el pago de la pena, sino en el caso en que expresamente se hubiere reservado este derecho.

Ver: art. 658 C. argentino; 1002 del Esboco de T. de Freitas; 1067 del Anteproyecto de Bibiloni y 604 primera parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 644. — Pero el acreedor no podrá pedir el cumplimiento acumulativo de la obligación principal y de la pena, sino una de las dos cosas, a su arbitrio, a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.

Ver: art. 659 C. argentino; 994 del Esboco de T. de Freitas; 1068 del Anteproyecto de Bibiloni y 604 segunda parte del Proyecto de 1936.

Art. 645. — Si el deudor cumple sólo una parte de la obligación, o la cumple de un modo irregular, o fuera del lugar o del tiempo a que se obligó, y el acreedor la acepta, la pena debe disminuirse proporcionalmente, y el juez puede arbitrarla si las partes no se convinieren.

Ver: arts. 660 C. argentino; 998 del Esboco de T. de Freitas; 1069 del Anteproyecto de Bibiloni; 605 del Proyecto argentino de 1936; 1231 C. francés; 1384 C. italiano; 1345 C. holandés; 2123 C. de Luisiana; 822 C. boliviano; 924 C. brasileño; 675 C. portugués; 1154 C. español; 1539 C. chileno; 1370 C. uruguayo; 1260 C. venezolano; 1844 C. mexicano; 1596 C. colombiano; 1595 C. ecuatoriano; 1419 C. hondureño; 1992 C. nicaragüense.

Art. 646. — Si la obligación de la cláusula penal fuere indivisible, o si fuere solidaria aunque divisible, cada uno de los codeudores, o de los coherederos del deudor, queda obligado a satisfacer la pena entera.

Ver: art. 662 C. argentino; 999 del Esboco de T. de Freitas; 1070 del Anteproyecto de Bibiloni; 609 del Proyecto de 1936.

Art. 647. — Si la obligación principal fuere indivisible y hubiere varios deudores o herederos del deudor, incurrirá en la pena solo el que contraviniere la obligación y su parte en ella.

Si la cláusula principal fuere indivisible, pero divisible la obligación de la cláusula penal, cada uno de los codeudores o de los herederos del deudor, no incurrirá en la pena sino en proporción a su parte en ésta.

Ver: arts. 661 C. argentino; 999 del Esboço de T. de Freitas; 1071 del Anteproyecto de Bibiloni y 609 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 648. — Es válida la pena a que se obliga un tercero para el caso de incumplimiento de la obligación principal por el deudor de ella. En cuanto sea procedente la estipulación de la pena se regirá por las leyes de la fianza. Igualmente válida es la pena a que se obliga el tercero para el caso de que el deudor alegare la nulidad del crédito, siempre que aquél conociere la causa de esa nulidad y ésta no proviniere de una contravención al art. 549.

Nuevo. Sin antecedente en el C. argentino. Ver: art. 1072 del Anteproyecto de Bibiloni y 606 del Proyecto argentino de 1936. Fúndase esta norma en la doctrina enseñada por Windscheid, según la cual, cuando el tercero sabe que la obligación principal es nula, la cláusula penal implica una renuncia del tercero a oponerla, a menos que la invalidez del acto sea de orden público. (ver autor cit. Pandectes, parág. 286 y Bibiloni, t. II, pág. 37, edición Kraft).

Art. 649. — La convención por la cual una persona, sin obligarse á

efectuar una prestación, se obligara a una pena para el caso de no realizarla, será considerada como una convención condicional.

Nuevo. Sin antecedente en el C. argentino. Ver: art. 1074 del Anteproyecto de Bibiloni y 608 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO IV

DE LA REPRESENTACION EN LOS ACTOS JURIDICOS

CAPITULO I

De la representación con poder

Art. 650. — La declaración de voluntad que alguno, en los límites del poder de representación que le pertenezca, emita en nombre del representado, produce directamente sus efectos a favor y en contra de éste. No habrá ninguna diferencia entre la declaración directamente emitida en nombre del representado y la que, según las circunstancias, resulte que debe entenderse hecha en su nombre.

Si la voluntad de obrar en nombre de otro no se manifestare expresamente, no significará esto la falta de voluntad de obrar en nombre propio.

Lo preceptuado en el párrafo primero rige igualmente cuando la declaración de voluntad que debe emitirse respecto de otra persona se haga a su representante.

Ver art. 164 C. alemán. Este precepto y los que lo siguen hasta el 185, responden a la distinción entre poder y mandato, vulgarmente empleados como sinónimos, no así en el Código y el Derecho alemán que netamente los distingue. El poder (Volmach) es la facultad legal de obrar en nombre de otro, como la del padre en el de sus hijos menores, la del tutor en el de sus pupilos, se funda no en un mandato, sino en una relación jurídica de servicio establecida por la ley para la protección de la persona y bienes del incapaz.

Y dado que la declaración de voluntad en virtud de la cual pueden crearse, modificarse o extinguirse relaciones jurídicas, puede emitirse directa y personalmente por el agente o por medio de representantes o mandatarios, decidieron los compiladores de aquel Código completar esta parte de la Teoría de los Hechos y Actos Jurídicos con el estatuto de la representación y la procuración, en el que se agrupan sistematizados los principios relativos a esta materia, sin perjuicio de reservar los de carácter especial al Capítulo que trata del mandato (Austrag.).

Corresponde a esta preocupación técnica la del Código Federal suizo de las Obligaciones, cuyos artículos 32 a 37 rigen la representación en virtud de un poder, y los arts. 38 a 40 a la representación sin poder. Puesto Bibiloni a esbozar su Anteproyecto trasegó a sus arts. 354 a 379 buena parte de los preceptos del C. alemán relativos a esta materia, en íntima vinculación con las disposiciones del C. argentino pertinentes al mandato. Esta iniciativa fue auspiciosamente acogida por los compiladores argentinos del Proyecto de 1936, según puede verse en sus arts. 186 a 200.

Compartiendo nosotros estos puntos de vista, seguiremos las líneas generales de la iniciativa de Bibiloni, sin perjuicio de ceñirnos en más de una ocasión al texto literal de más de un precepto del C. alemán, por preferirlos a formulaciones que podrían desvirtuar su esencia.

Así es cómo nuestro art. 647 es la versión castellana más ajustada al 164 del C. alemán, que concuerda con el 355 del Anteproyecto de Bibiloni y el 188 del Proyecto argentino de 1936, y el 32 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Reproducimos, en lo que sigue, la glosa de Bufnoir, Challamel, Drioux, etc.

El parágrafo de nuestro art. 650 consagra la regla de la **representación directa** que tiene lugar cuando el representante no quiere tratar en su propio nombre, porque desea que los efectos del acto recaigan únicamente en la persona del representado. Tiene ella lugar en virtud y en los límites de un poder, o sea de la voluntad. Como el que ajusta el contrato es el representante, la declaración emana de su voluntad, razón por la cual para saber si ella es válida, es su declaración la que debe ser analizada, siquiera sus efectos se realicen en el representado.

Distinta de esta representación es la intermediación del nuntius, el mensajero del Derecho romano, carente de voluntad propia, sólo reducido a transmitir la voluntad de otro. Siendo así, no hay por qué averiguar si es capaz o no, o si ha incurrido en error, por ejemplo.

Al lado de la representación directa, la doctrina y la práctica germana conocen una **representación indirecta**, cual es la confiada al comisionista del Derecho mercantil. Consiste ella en que el representante, aun obrando en el interés de otro, no habla en nombre de éste, sino en el propio. El contrato se realiza en su persona, pero debe transferir los efectos del acto a la persona en cuyo interés contrató. Esta persona sólo dispone de acciones personales para obtener que el comisionista le transfiera los efectos del acto, ya se trate de créditos o de derechos. El tercero con quien se ajustó el contrato no tiene acción directa contra esa persona, sino contra el comisionista.

Condición primera de la representación directa es que el representante quiera o haya querido obrar en nombre de otro, siquiera no sea necesario que esta intención sea expresada en términos formales, ni ser expresa. Bastaría que resultase de las circunstancias que el representante obra en el interés de otro y que

quiso obrar en nombre de él, con tal que el tercero con quien contrató haya conocido el objeto final de su declaración.
Y dado que en esta materia todo reposa en la voluntad de las partes, se admite que el error sobre la calidad de la persona con quien se contrata, constituiría un error sobre la persona en el sentido del art. 119 del C. alemán, al cual correspondería el Inc. 2º del art. 523 de este Código, y que por consiguiente daría derecho a la nulidad del acto. Ocurriría lo mismo si creyendo el tercero tratar con el interesado directo, tratare con su representante e inversamente: E igualmente, si entendiere el representante que trataba en nombre de otro, y la otra parte entendiere que contrataba con él como interesado directo.
De estas diversas consecuencias del error, una hay que el art. 164 del C. alemán descarta, porque constituiría una sorpresa para los terceros, y es la que permitiría siempre, y en todos los casos, al representante alegar su calidad de tal para escapar a las consecuencias del contrato. El queda ligado por el contexto y la forma aparente de su declaración. A esto responde el parágrafo 2º de nuestro artículo 647 que dice: **"Si la voluntad de obrar en nombre de otro no se manifestare expresamente, no significará esto la falta de obrar en nombre propio".**
Si, por el contrario, agregan los mismos autores, su declaración deja aparecer su voluntad en esta calidad, podrá rechazar la acción personal que el tercero podría promover contra él, no fundado en el error, sino en la inexistencia de contrato personal celebrado entre él y la otra parte. En el caso contrario no podrá substraerse a las consecuencias del contrato y en consecuencia a las obligaciones personales que del contrato derivan a su cargo.
Por aplicación del parágrafo 3º de nuestro art. 650 debe entenderse que, a igual que por el art. 164 del C. alemán, se admite, desde el punto de vista pasivo, los mismos efectos que si se tratara del punto de vista activo. Ya no es el representante el que emite la declaración dirigida a un tercero, sino es éste el que teniendo la intención de contratar con otra persona se dirige a su representante. Esto supone que las dos partes están de acuerdo sobre la calidad en razón de la cual obra el representante, que el tercero que toma la iniciativa tenga la intención de contratar con un representante y que éste tenga la de obrar en nombre de otro. (ver la apostilla de Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullman y Saleilles al art. 164 de su versión francesa del **Code Civil Allemand**, t. I, pág. 201 a 206; Schneider y Fick, notas al art. 32 del C. Federal Suizo de las Obligaciones, pág. 83 y ss.; Enneccerus, **opus cit.** Parte General t. II, parágrafo 166, pág. 231 y ss.).
Refiriéndose a la idea de representación, como distinta de la de mandato, enseña Virgile Rossel, que fue admitida en la legislación gracias a la influencia que un estudio capital del profesor Laband ejerció, tanto en el Derecho suizo, como en el alemán. Ella, agrega, era desconocida del Derecho romano (ver autor y **opus cits.** t. I, Nº 86, pág. 73). Así también lo hemos explicado en el Nº 180 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Allí hemos expuesto las teorías que en Francia fueron concebidas para explicar que los efectos de un contrato ajustado con el representante se produzcan en favor y en contra del representado, sin embargo de no haber participado en su formación (ver Nºs. 182 a 186).
Los poderes de representación pueden derivar de un acto jurídico o de la ley.

Art. 651. — La eficacia de una declaración de voluntad hecha por o a un representante, no sufrirá mengua por el hecho de que éste tenga sólo una capacidad limitada.

Ver: art. 165 C. alemán y 1018 C. austriaco. Una vez más preferimos la versión castellana, literal y directa del art. 165 del C. alemán al art. 356 del Anteproyecto de Bibiloni, según el cual:**"La incapacidad del representante no afecta la eficacia del acto realizado a nombre del representado"**, porque si así fuera, no habría diferencia entre el **nuntius** y la persona que al contratar entiende y quiere que la relación de derecho emergente del acto produzca efectos a favor y en contra de su representado. Esta defectuosa traducción del texto del art. 165 del C. alemán, pasó inadvertida de los compiladores del Proyecto argentino de 1936, cuyo art. 187 **in fine** estatuye que: **"Aunque el representante fuere incapaz, valdrá el acto que realice a nombre de su representado".**
En efecto, tratando Enneccerus de esta materia se expresa así: "Como quiera que el nuncio no es el que concluye el negocio, no se requiere que tenga capacidad de celebrar negocios jurídicos, bastando la capacidad natural de comunicar la declaración ajena. **Por el contrario, el representante, toda vez que concluye el negocio por sí mismo, tiene que ser capaz de celebrar negocios jurídicos.** No obstante, la limitación de la capacidad no es obstáculo para ser representante, porque la limitación sólo ha sido introducida en atención a los intereses de la propia persona. Ahora bien, los limitados en su capacidad están excluídos casi siempre de la representación legal por virtud de disposiciones concretas' (ver autor y **opus cits.** Parte General, t. II, parág. 166, pág. 233).
A mayor abundamiento, el art. 105 del C. alemán estatuye que: **"La declaración de la voluntad de un incapaz es nula"** y el art. 131 del mismo cuerpo legal preceptúa que: **"Si la declaración de voluntad se hiciese respecto de un incapaz para contratar, no producirá efecto alguno hasta que sea conocida por su representante legal".**
Siendo así, como lo es, mal podría atribuirse al art. 165 una decisión contraria a esas disposiciones, sobre todo cuando por aplicación del art. 164 la declaración emitida por el representante debe ser interpretada según lo que él quiso o entendió declarar. De esta suerte, el art. 165 no se refiere a los incapaces, sino **a los de capacidad limitada o restringida,** la qué supone un principio de capacidad.
Explicando esta materia Bufnoir, Challamel, Drioux, etc., dicen que si los arts. 105 y 131 se aplicara a todos los semi-incapaces, y entre ellos a los menores, se los privaría a todos de la posibilidad de representar a otro, cuando a quien incumbe sufrir las consecuencias de un acto es al que acepta hacerse representar por un menor. Se comprende, agregan, que la ley haya querido proteger a los menores en relación a los actos que celebran para sí mismos. Mas, ¿por qué protegería ella a las personas capaces que confían sus intereses a los menores?
La ineficacia parcial —agregan— de los actos celebrados por los semi-incapaces proviene, **no de una incapacidad propiamente dicha de la voluntad,** sino de una preocupación de la ley de proteger los intereses de las personas afectadas.
Cierto es, dicen los mismos glosadores del art. 165, que esta disposición podría ser peligrosa si se tratare de representantes legales afectados de una capacidad limitada. Los inconvenientes que ella podría causar, en este caso, quedan descartados, para las hipótesis más importantes, por disposiciones especiales (ver autores y opus cit. t. I, pág. 206).

Art. 652. — Las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad, por vicios del consentimiento, o por el conocimiento que se ha tenido, o debido tener, de ciertas circunstancias, serán consideradas en la persona del representante, y no en la del representado.
Cuando el representante ha procedido en virtud de mandato, ajustándose

a las instrucciones determinadas del mandante, no podrá éste excusarse con la ignorancia del representante, en relación a los hechos que él conocía o debía conocer, puesto que la obligación de saber equivale al conocimiento real.

Si la voluntad del representado es afectada de un vicio, el acto es anulable en tanto el representante se haya limitado a expresar la voluntad de aquél.

Art. 166 C. alemán; 1390 y 1391 C. italiano; y 32 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los Contratos. Ver: los arts. 357 del Anteproyecto de Bibiloni y los arts. 187 y 189 del Proyecto argentino de 1936.

Nuestro art. 651 es trasiego del 357 de Bibiloni, salvo el in fine ceñido literalmente al art. 32 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones.

Como en la apostilla anterior, seguimos esta vez remitiéndonos a la glosa con que Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles, etc., explican el sentido del art. 166 del C. alemán. Aplica este precepto el principio según el cual para juzgar de la validez de la declaración de voluntad emitida por el representante, debe el intérprete remitirse a esta voluntad, de suerte que si ésta fuere infeccionada de error, dolo o violencia, el acto celebrado por él será anulable, sin preocuparse de saber si la declaración emanada del representado contenida en la procuración es válida o no, afectada o no de una causa de nulidad o de anulabilidad, porque siendo distintos ambos actos, deben ser enjuiciados de modo distinto. Se ha propuesto, sin embargo, unificar ambos elementos, al menos cuando el representante se ha ceñido estrictamente a las instrucciones contenidas en el instrumento de procuración, de suerte que éste venga a ser el medio de transmisión de la voluntad del representado, o como su identificación anticipada, voluntad a la cual se habría adherido el representante por su participación en el acto. Mas aún así, la doctrina germana relativa a esta materia, sigue en pie, al considerar que siendo distinto el acto de voluntad del representante, sus vicios deben ser juzgados por referencia a esa voluntad y no a la del representado. Así, si la voluntad del representante fuese influída por un vicio, como podría ocurrir si advirtiendo que las instrucciones recibidas de su mandante le serían perjudiciales, fuese impedido, por dolo del tercero con quien contrató, de abstenerse de celebrar el acto, sería sensible que el acto no pudiese ser anulado en razón del dolo cometido personalmente respecto del representante.

Al lado de los vicios de la voluntad debe preverse el caso en que los efectos del acto celebrado con el tercero, o ciertos de sus efectos, dependan del hecho que se ha conocido o debido necesariamente conocer, de ciertas circunstancias determinadas por la ley, como es la obligación de indemnizar por culpa in contrahendo, que el art. 122 del C. alemán pone a cargo del declarante cuya declaración ha sido anulada por error sobre su contenido o por habérsela transmitido inexactamente, la cual se debe a los terceros interesados que al contratar con el representante, sufrieron daño por haber creído de buena fe en la validez de la declaración. Esta buena fe debe, en principio, ser estimada en relación a la persona del representante. Si éste no era de buena fe, porque conocía o debía conocer tal cual hecho previsto por la ley, las consecuencias jurídicas de la buena fe no se producirán aun cuando el representado fuera de buena fe, haya o no dado instrucciones a su representante.

A la inversa, si el representante es de buena fe sin que en la misma medida lo sea su representado, se ha decidido que éste no pueda prevalerse de la buena fe de aquél, de suerte que siendo así, la solución sería la misma en relación al representado, como si su representante fuera de mala fe.

Para que el representante quede excluído de los efectos de la mala fe de su comitente, se requiere: 1º que él haya obrado en virtud de una procuración, siquiera sea general, y no precisamente especial al acto enjuiciado; y 2º que el representante haya obrado según las instrucciones del interesado principal. Bastará la evidencia de la mala fe del mandante. No se exige que las instrucciones de éste se hallen expresadas en el instrumento de procuración. La vinculación del acto en relación al tercero pueden derivar del acto mismo en virtud del cual se otorgó la procuración, según que se trate de mandato, locación de servicios u otra relación jurídica existente entre las partes. Tampoco se exige que las instrucciones del mandante se refieran al acto mismo. Bastará que ellas evidenciasen los puntos a propósito de los cuales pueden tomarse en consideración las circunstancias relativas a la buena fe, como si por ejemplo, hubiese el mandante ordenado la adquisición de una cosa a sabiendas de que el vendedor no era su propietario, aún sin especificar el modo de adquisición, sea por compra o permuta. (ver autores y opus cits. t. I, pág. 208 a 211).

Art. 653. — Los terceros a quienes los representantes hicieren una declaración de voluntad, tienen derecho a exigir que se les presente el instrumento que acredite la represntación, y las cartas órdenes o instrucciones que se refieran a ella. En caso de no hacerlo, la manifestación de voluntad quedará sin efecto.

Ver: arts. 1938 C. argentino, primera parte; 1393 C. italiano; 32 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 2656 del Esboço de T. de Freitas; 358 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Hasta aquí veníamos siguiendo paso a paso las pertinentes disposiciones del C. alemán. Mas, advirtiendo, sin duda, Bibiloni las dificultades a que nos expondríamos con el trasiego literal del art. 167 de dicho Código, optó por trasladar aquí el art. 1938 del C. argentino, directamente inspirado en el 2956 del Esboço de T. de Freitas, cuya substancia armoniza con el citado Código y especialmente

En efecto, el art. 167 del C. alemán estatuye que: "La procuración se confiere por declaración hecha a aquel que debe ser apoderado, o al tercero respecto del cual la representación debe tener lugar.

"La declaración no necesita ser hecha en la forma que podría ser establecida para el acto jurídico al cual la procuración se refiere".

Mas la procuración de que se trata en este precepto es un acto jurídico esencialmente distinto de la relación de derecho en virtud del cual el representante es investido del derecho de obrar por el interesado principal. Esta relación jurídica, dicen Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles, etc., es generalmente un contrato de mandato, que con frecuencia se confunde con la procuración, y casi siempre es designado con el nombre de mandato, en el cual el mandante funda el derecho de representación.

En el Derecho alemán el mandato confiere el derecho de obrar por otro o en el interés de otro, al paso que la procuración confiere el poder de representar a otro. Sus arts. 167 y 171 distinguen netamente la procuración dirigida al tercero con quien el acto debe celebrarse y la notificación que se le hace de la existencia de esa procuración.

En cuanto a la extensión de la procuración, todo depende del contenido de la declaración que la realiza. Es una cuestión de interpretación de la voluntad del declarante. Ella puede ser diferente de la extensión

del mandato. En fin, el Código alemán no exige para ciertos actos una procuración especial. Le basta que la procuración sea general.
Como se ve por lo que antecede, estas distinciones sutiles a las que los latinos no estamos habituados, responden en el Derecho alemán a exigencias y rigideces de la semántica germana. Es así cómo Alejo García Moreno, traduce la palabra "procuración" del art. 167 del C. alemán por "poder".
Bien esté así que abandonando este espinoso campo del significado de un vocablo germano, vengamos con Bibiloni a la simplificación del asunto que nos ocupa y acudamos para ello al art. 1938 del C. argentino, que por sabido no necesita explicaciones.

Art. 654. — Las órdenes reservadas, o las instrucciones secretas, no tendrán influencia alguna sobre el acto jurídico obrado en relación al tercero que de buena fe procedió en vista del instrumento ú órdenes que le fueron presentados.

Si los documentos exhibidos fueren privados, pueden los terceros exigir la entrega de ellos, originales, o en copia autorizada por el representante.

Ver: art. 1939 segunda parte C. argentino; parág. 2º del art. 2656 del Esboço de T. de Freitas y 359 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 655. — En relación a un tercero de buena fe se juzga ejecutado un acto dentro de los límites de la representación cuando entra en los términos de los instrumentos que la acreditan, aun cuando el representante haya, en realidad, excedido sus facultades.

Ver: arts. 1934 C. argentino y la nota de Vélez Sarsfield; 2988 del Esboço de T. de Freitas y 360 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 656. — Si el representante careciera de poderes, o los hubiere excedido y el representado, o la autoridad competente en su caso, no ratificaran el acto obrado en su nombre, no obligará al representado.

Ver: arts. 1931, 1161 y 1162 C. argentino; 361 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido por la Comisión argentina de Reformas del Código en su Proyecto de 1936.

Art. 657. — La ratificación equivale a la representación. Tiene efecto retroactivo al día del acto, por todas sus consecuencias, pero no perjudica los derechos que el representado hubiere constituido a favor de terceros en el tiempo intermedio entre el acto del representante y su ratificación. ni las disposiciones tomadas en virtud de ejecución, embargos y concursos.

Ver: arts. 1936 y 1162 C. argentino; 2995 del Esboço de T. de Freitas; 184 C. alemán; 362 del Anteproyecto de Bibiloni y 191 del Proyecto argentino de 1936. Ver: art. 1338 C. francés; 1727 C. español; 2979 C. de Luisiana; 1399 C. italiano; 38 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2160 segunda parte C. chileno; 2186 C. colombiano; 2183 C. ecuatoriano; 3339, 3340 y 3341 C. nicaraguense; 1906 C. hondureño; 1698 C. venezolano; 2076 C. uruguayo; 1646 C. peruano; 2583 C. mexicano; 1296 C. brasileño.
La segunda parte del art. 654 es trasiego del parágrafo 2º del 184 del C. alemán. A estar a la apostilla de Bibiloni a su art. 362, inspirada en la obra de Planck, esta segunda parte se refiere a las disposiciones adoptadas por vía de ejecución forzada, o por embargo, o por el administrador de un concurso, sobre los bienes del deudor, las cuales son equiparadas a las propias disposiciones del que ratifica, porque derivan de sus derechos, y, por consecuencia, deben ser aseguradas, contra posteriores menoscabos del ratificante, como lo están contra sus actos propios (ver t. I, pág. 106, edición Kraft). Ver igualmente: art. 191 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 658. — Los terceros no pueden oponer el exceso o inobservancia de las facultades del representante, cuando el acto ha sido ratificado, o el representado se manifestara conforme en ratificarlo.

Ver: arts. 1937 C. argentino; 2996 del Esboço de T. de Freitas; 363 Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 659. — La ratificación resultará de cualquiera declaración expresa o de cualquier acto del representado, que necesariamente importen una aprobación de lo que hubiere hecho el representante. Resultará también del silencio de aquél, cuando informado por el representante, o por un tercero interesado, de lo que se hizo en su nombre, dejare transcurrir dos semanas, desde el día de la recepción del aviso, sin contestar a quien se lo dirigió.

Ver: arts. 1935 C. argentino; 2993 del Esboço de T. de Freitas; 177 del C. alemán; 364 del Anteproyecto de Bibiloni; 191 in fine y 192 del Proyecto argentino de 1936; in fine del art. 38 del C. Federal suizo de las Obligaciones; y art. 1399 in fine C. italiano.

La autorización al tercero interesado a requerir la ratificación, tal como lo preceptúan los arts. 177 del C. alemán, el 38 In fine del C. F. S. de las Obligaciones y el 1399 In fine del C. italiano.
Procede de estas mismas fuentes el plazo fijado para que el mandante conteste si ratifica o no, con la diferencia de que por el art. 177 del C. alemán se dispone que la ratificación o la negativa declaradas ante un representante antes de la intimación del tercero, no produce efecto alguno.

Art. 660. — Cuando el representado negare su ratificación al acto realizado en su nombre, sin poderes o con extralimitación de ellos, el acto será nulo y el representante no incurrirá en responsabilidad si hubiere informado al tercero en el momento de la celebración del acto de la falta de autorización.

Sólo quedará obligado, en tal caso, respeto de la parte con quien contrató, si no informó al tercero de su falta de poderes; o si por escrito se responsabilizó por sí mismo, o se comprometió a presentar la ratificación de su representado.

Sobre el parágrafo 1º, ver: arts. 1931 C. argentino; 2953 del Esboço de T. de Freitas; 179 parágrafo 3º C. alemán; 1398 C. italiano; y parágrafo 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 193 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 2º, ver: a.t. 1932 C. argentino; 2954 del Esboço de T. de Freitas; inc. 2º del art. 365 del Anteproyecto de Bibiloni y 193 del Proyecto de 1936. En este caso el representante será responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

Art. 661. — Quedará, sin embargo, personalmente obligado el representante en caso de desaprobación, y podrá ser demandado por el cumplimiento del acto jurídico o por indemnización de pérdidas e intereses, a opción de la parte con quien contrató, si ésta no conocía, o no debía conocer, la falta de poderes suficientes.

Este conocimiento no se inferirá de la circunstancia de que el tercero no hubiera exigido la presentación de los poderes.

Ver sobre el parágrafo 1º el art. 1933 del C. argentino; 2955 del Esboço de T. de Freitas; 366 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; y 193 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 2º, ver: el inc. 2º del art. 366 del Anteproyecto, y la nota de Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles, etc., al art. 179 de su versión francesa del Code Civil Allemand, t. I, Nº III, pág. 233. Según estos glosadores del C. alemán, "existen situaciones tales en que un individuo puede de tal modo parecer calificado para ser representante de otra persona, munido de plenos poderes de esta última, que la falta de verificación de su parte sobre la existencia de dichos poderes, no constituye culpa alguna de su parte. Son cuestiones relegadas a la apreciación del juez. Sólo se admite una excepción a esta regla y es cuando el representante es menor de edad o de capacidad limitada, porque en esta hipótesis debe el tercero exigir la prueba de que el tutor había aprobado la aceptación de la procuración; de suerte que si el tercero omite verificarlo, incurre en culpa de haber creído en la validez de la procuración, aun de la exhibida por el representante". (ver autores y opus cits. t. I, pág. 234).

Art. 662. — Si por culpa propia incurriere el representante en error sobre la existencia de sus poderes, deberá indemnizar a la otra parte a tenor del art. 526.

Ver: art. 367 Anteproyecto de Bibiloni. El art. 179 del C. alemán estatuye que: "Si el representante ignorase su falta de poderes, sólo estará obligado a la reparación del daño que la otra parte experimente por haber creído en los poderes del representante; y nunca podrán exceder los daños y perjuicios, del interés que tenga la parte en la validez de la convención". Tal es la responsabilidad por culpa in contrahendo, cuyo fundamento no es una obligación de garantía tácita, sino la aceptación eventual de los riesgos a que se expone cualquiera que contrata con otra persona, de suerte que si el representante ignorare que su procuración es nula o anulable, debe soportar los riesgos de su propio error, independientemente de toda culpa, tal cómo lo preceptúa el art. 122 del C. alemán (ver Code Allemand, t. I, pág. 230, versión francesa de Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles, etc.).
Mas nuestro art. 662 inspirado en el 367 del Anteproyecto de Bibiloni, subordina la responsabilidad del representante a culpa propia en el error que invoca. Tal es el parecer de Bibiloni (t. I, nota a su art. 367, pág. 107).

Art. 663. — Cuando una persona tratare sobre un objeto con el representante, y otra con el representado, sin que ambos actos pudieran coexistir, se aplicarán las disposiciones de este Código sobre las obligaciones de dar, y el representado será siempre responsable para con el tercero cuyo contrato no se pudiera cumplir.

Ver: arts. 1943 y 1944 C. argentino; 2999 y 3000 del Esboço de T. de Freitas; 368 y 369 del Anteproyecto argentino de 1936.
Acertada, como es, la nota crítica de Bibiloni a los arts. 1943 y 1944 del C. argentino, trasegados por Vélez Sarsfield de los arts. 2999 y 3000 del Esboço de T. de Freitas, la seguimos. En el supuesto del art. 1943 del C. argentino, el contrato celebrado con el representante obliga al representado como si con él se lo hubiera celebrado. Por consiguiente, la regla aplicable en esta hipótesis no es la de conferir

prioridad al contrato por razón de su fecha La obligación de dar debe cumplirse con arreglo a lo preceptuado acerca de las obligaciones de esta naturaleza.
Tampoco es aceptable la decisión del art. 1944 del C. argentino, porque si el representante se ciñó a los términos de su procuración, haya sido o no prevenido por su mandante, sería éste el obligado respecto del tercero, sin perjuicio de su acción reversiva contra el mandatario que desoyéndole contrató con el tercero y le obligó a responder por los daños y perjuicios que la inejecución del contrato podría haberle causado.

Art. 664. — Nadie puede en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por su propia cuenta, sea por la de tercero, sin la autorización o la ratificación del representado, salvo el caso de que ese acto sea exclusivamente relativo a la ejecución de una obligación.

Si el representante hubiere sido encargado de tomar dinero prestado, podrá él prestarlo al interés corriente; pero facultado para dar dinero a interés, no podrá tomarlo prestado para sí, o para otro representado por él, sin autorización de su mandante.

Ver: arts. 1918, 1919, 1361 inc. 4º y 1513 C. argentino; 1345 C. italiano; 2144 y 2145 C. chileño; 2170 y 2171 C. colombiano; 2167 y 2169 C. ecuatoriano; 3312 C. nicaraguense; 1263 C. costarricense; 2070 y 2071 C. uruguayo; 1637 C. peruano; 181 C. alemán; 370 del Anteproyecto de Bibiloni; Art. 190 inc. 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936.
El contrato consigo mismo, el **Selbscontrahiren**, es prohibido por derecho alemán, porque contradice o subvierte lo más elemental de la contratación, cual es que la relación jurídica sea establecida por el acuerdo de dos voluntades, que en el caso de actuar por representación, una al menos, la del representado permanezca entera. Mas en el contrato consigo mismo la única voluntad activa es la del representante, insuficiente para la celebración del contrato. (ver: Code Civil Allemand, t. I, nota al art. 181, pág. 239 de la versión francesa de Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles, etc.).
La prohibición que nos ocupa es de raíz romana. Ya por la ley 2, Libro XXVI, tít. VIII del Digesto, se prohibió al tutor contratar con su pupilo la obligación de la venta, ni como vendedor, ni como comprador. **Item Ipse tutor et emptoris et venditoris officio fungi non potest.** Y por la ley 5 se estatuyó que si el tutor compra una cosa de su pupilo por el ministerio de una persona interpuesta, la venta no será válida, porque ella no es hecha de buena fe. **Sed si per interpositam personam rem pupilli emerit, in ea causa est, ut emptio nullius momenti sit: quia non bona fide videtur rem gessise.** (ver: **Les Cinquante livres du Digeste ou Des Pandectes**, t. III, pág. 538 y 539, versión francesa de Hulot, edición París, 1804).
Ulpiano, a quien se atribuyen estos textos, vió mala fe en el autocontrato hecho por el tutor sobre los bienes de su pupilo, criterio subsistente en la legislación de los países que prohiben tal género de contratación.
Así, el art. 1395 del Código italiano de 1942 preceptúa que: "**Es anulable el contrato que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otra parte, a menos que el representado lo hubiese autorizado específicamente o que el contenido del contrato hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses. La impugnación podrá ser propuesta solamente por el representado**".
Glosando este precepto dice Messineo que "más que una razón técnica, obsta a la admisión del contrato consigo mismo, la posibilidad de que el representante haya de sacrificar el interés del representado, o sea que se determine un **conflicto de intereses**, el cual se resuelva en beneficio del representante; y aquí, se establecen especiales incompatibilidades, que impiden la formación del contrato consigo mismo. En efecto, es legítima la sospecha de que el representante no "sienta", en la misma medida, el propio interés y el del representado, y sea llevado instintivamente a dejarse guiar, sola o predominantemente, por el primero". Viniendo, luego, nuestro autor a considerar el ámbito propio del contrato consigo mismo, advierte que existen actos jurídicos, que no siempre son contratos, como en el caso del representante (acreedor del representado) que se paga a sí mismo la deuda de su mandante, a menos que se quiera ver en el pago un contrato, lo que, al menos, no se admite de una manera indiscutida.
Otra figura explicada por alguno fuera del esquema del contrato consigo mismo es la del comisionista de compra o de venta de títulos, divisas o mercaderías que tengan un precio corriente, contemplado por el art. 1735 del C. italiano, el cual, **si el comitente no ha dispuesto otra cosa**, puede proporcionar el precio indicando las cosas que puede comprar, o puede adquirir para sí las cosas que debe vender, salvo, en todo caso, su derecho a la remuneración. Aun en este supuesto, el comisionista no puede fijar a las cosas por él adquiridas un precio inferior al corriente, ni tampoco a las cosas que proporciona. Análoga es la decisión del art. 436 del C. F. S. de las Obligaciones.
Hipótesis es ésta que, a juicio de nuestro autor, se podría apreciar, junto a un contrato de compraventa del comisionista con el comitente, una relación de comisión, que permanece firme y autónoma respecto del contrato de compraventa. (ver autor y opus cits. t. IV, Nº 7, pág. 438).
Análoga es la decisión de los arts. 262 y 263 de nuestro C. de Comercio.
Estatuye el primero que: "**Los comisionistas no pueden adquirir por sí ni por interpósita persona, efectos cuya enajenación les haya sido confiada, a no ser que medie consentimiento expreso del comitente**". Y el segundo dispone que: "**Es indispensable también el consentimiento expreso del comitente, para que el comisionista pueda ejecutar una adquisición que le está encargada con efectos que tenga en su poder, ya sean suyos o ajenos**".
Halla Segovia que las restricciones contenidas en estos preceptos parecen hallarse en desacuerdo con antiquísimas prácticas del comercio, con el espíritu del art. 510 del C. de Comercio, y se hallan condenadas por notables comercialistas (ver autor cit. Explicación y Crítica del C. de Comercio t,. I, pág. 298).
A estar a estos antecedentes, juzga Messineo que las verdaderas figuras de contrato consigo mismo son dos: 1º) en los casos de doble representación, esto es, cuando en una sola persona; como el padre en relación a sus hijos menores, art. 422 y el tutor o el curador en relación a su pupilo, art. 450 y 476 de este Código, se reunen dos cualidades de representante, incompatibles entre sí; y
2º) en los casos en que un representante u órgano, por una parte, opere como tal (en nombre del representado) y, por otra parte, opere en nombre propio, como en el del conflicto de intereses entre el tutor y su pupilo contemplado por el art. 475 de este Código.
Mas en Francia, al favor de la ausencia de una prohibición legal análoga a la del art. 181 del C. alemán, autoridades, como Esmein, admiten la posibilidad de conciliar el contrato consigo mismo con la teoría de las obligaciones convencionales con el ejemplo del art. 40 de la Ley del 24 de julio de 1867 por el que se autoriza a los administradores de una sociedad por acciones a celebrar contratos de compraventa con ella, mediante la previa autorización de la asamblea de accionistas.
El otro ejemplo señalado por Esmein del art. 43 del Decreto del 7 de octubre de 1890 por el que se permite a los agentes de cambio ejecutar las órdenes en sentido contrario recibidas de diversos clientes, mediante ciertas formalidades, no es típicamente un autocontrato, porque en tal supuesto el cambista no

tiene un interés propio contradictorio con el de su mandante, como tampoco lo es el contemplado en el art. 436 del C. Federal suizo de las Obligaciones, citado como contrato consigo mismo por Lafaille (Contratos, t. I, Nº 156). En efecto, el art. 436 del C.F.S. de las Obligaciones estatuye que: **"El comisionista encargado de comprar o de vender mercaderías, títulos de cambio cotizados o la Bolsa o en el mercado, puede, a menos de órdenes contrarias del comitente, entregar él mismo, como vendedor la cosa que él debía comprar, o conservar como comprador aquella que él debía vender.**

En tales casos, el comisionista debe cuenta del precio según la cotización de la Bolsa o del mercado al tiempo de la ejecución del mandato, y tiene derecho tanto a la provisión ordinaria como a los gastos usuales en materia de comisión.

Por el excedente, la operación es asimilada a una venta.

El comisionista carece de interés propio en el contrato proxenético que lleva a cabo por órdenes que en sentido contrario le imparten dos comitentes, salvo su interés en la comisión si el contrato se perfecciona. Siendo así, como lo es, el caso que nos ocupa no es de contrato consigo mismo, como equivocadamente se lo presenta.

La jurisprudencia francesa acerca de esta materia es ecléctica. Una corriente doctrinal favorable a la admisión del contrato consigo mismo al favor de la libertad contractual; pretende que, por ser excepcionales los preceptos prohibitivos, tales como el art. 1596 del C. de Napoleón y el art. 7º de la Ley del 18 de Julio de 1866, estarían permitidos muchos actos útiles y aun necesarios, como el pago a sí mismo que un sistema riguroso prohibiría sin razón Se agrega que si el abuso se produce, no quedaría impune, porque el representante está obligado a rendir cuenta de su gestión y es responsable ante su representado de la ejecución de su cometido. Si, pues, él antepone su interés a su deber, le será fácil a su representado anular el acto tachado de abuso o viciado de dolo u obtener al menos la reparación pecuniaria adecuada al perjuicio sufrido.

Viene de aquí que la jurisprudencia francesa, admita en ciertos casos, por razones de comodidad, el contrato consigo mismo, y la rechace cuando parezca particularmente perjudicial. Este sistema ecléctico ha merecido la adhesión de **Demogue (Des Obligations en Géneral - Les Sources**, t. I, Nº 45, pág. 112 y Esmein, in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 69, pág. 88).

En nuestro Derecho, fuera de algunas prohibiciones singulares, como la que impide al padre, respecto de sus hijos menores, al tutor o curador, respecto de su pupilo, adquirir sus bienes, aunque sea en remate público, la de nuestro art. 661 no es absoluta, en cuanto permite el contrato consigo mismo con la autorización o ratificación del representado, y especialmente si el representante hubiere sido encargado de tomar dinero prestado, en que podrá él prestarlo al interés corriente.

Art. 665. — Tampoco puede el representante usar de sus poderes en beneficio propio, dando en pago, o afectando en garantía bienes de su representado, por obligaciones propias o de cualquier otra manera. Serán nulos los actos en relación a los terceros que sabían, o debían saber, esas circunstancias.

Ver: Art. 371 del Anteproyecto de Bibiloni; Inc. 4º del art. 190 del Proyecto argentino de 1936 y 1394 C. italiano. Así, dicen los señores Aubry y Rau, la constitución de una hipoteca consentida por el mandatario en provecho de sus acreedores personales, sobre los bienes del mandante, debe ser considerada como no constituída respecto de este último, aun cuando la procuración contenga la facultad ilimitada de hipotecar (autores y opus cits. t. VI, parág. 415, nota 12, pág. 184, 5ª edición). La hipótesis contemplada en el presente artículo, es el del contrato concluído por el representante en conflicto de intereses con el representado que el art. 1394 del C. italiano sanciona con la nulidad a instancia del representado. Ver el art. 1473 de este Código.

Art. 666. — La representación termina con la relación jurídica que la ha establecido, o de que deriva. Los instrumentos que la acreditan deben ser restituídos por el representante que ha cesado en su cargo. No tiene, respecto de ellos, derecho de retención en garantía de sus créditos.

Ver: arts. 372 del Anteproyecto de Bibiloni; 190 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; 175 del C. alemán; 2004 C. francés; 1364 C. portugués; 1397 C. italiano; 1851 C. holandés; 2997 C. de Luisiana; 1351 C. boliviano; 35 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos; 2087 C. uruguayo; 1706 C. Venezolano; 2166 C. chileno; 2192 C. colombiano; 2189 C. ecuatoriano; 1912 del C. hondureño; 1650 C. peruano; 2598 C. mexicano; 1279 C. costarricense; 1733 C. español.

Art. 667. — Para que la representación cese en relación a terceros, es preciso que éstos y las partes hayan sabido, o debido saber necesariamente, su conclusión. La transcripción del instrumento de procuración o de su revocación en el Registro General de Poderes hace inexcusable su conocimiento respecto de las partes y de terceros. Si éstos ignorando la conclusión del mandato hubieren contratado con el representante, el acto obligará al representado.

Ver: arts. 1964 C. argentino; 2008 C. francés; 1396 C. italiano; 1369 inc. 2º C. portugués; 1854 C. holandés; 3001 C. de Luisiana; 1738 C. español; 1321 C. brasileño; 406 C. Federal suizo de las Obligaciones; 674 C. alemán; 2101 C. uruguayo; 1707 C. venezolano; 2597 C. mexicano; 1822 y 1287 del C. costarricense; 1651 y 1654 C. peruano; 2165 y 2173 C. chileno; 2188 y 2196 C. ecuatoriano; 2191 y 2199 C. colombiano; 1917 C. hondureño; 3349 C. nicaraguense; 2210 y 2211 C. guatemalteco; 1352 C. boliviano; 1964 y 1967 C. argentino; 373 del Anteproyecto de Bibiloni; 195 del Proyecto argentino de 1936; 3012 del **Esboco de T. de Freitas.**

Art. 668. — El representado debe pasar por la fecha de los instrumentos privados suscriptos por su representante, y es de su cargo la prueba de que fueron antidatados.

Ver: arts. 1961 C. argentino; 374 del Anteproyecto de Bibiloni.

CAPITULO II

De la Autorización y la Ratificación de los Actos Jurídicos

Art. 669. — Cuando la eficacia de un contrato o de un acto jurídico unilateral, que haya de hacerse con otra persona, dependa del asentimiento de un tercero, el asentimiento o lo negativa de éste podrá hacerse a cualquiera de las partes.

Ver: arts. 182 parág. 1º C. alemán; 375 del Anteproyecto de Bibiloni; 197 del Proyecto argentino de 1936.
Una vez más hemos de remitirnos a la glosa de Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles etc., al art. 182 del C. alemán, la que pasamos a reproducir, comprimidamente.
El tercero, ajeno al acto, puede expresar su consentimiento, antes del acto, en forma de **autorización**, o después bajo forma de **ratificación** o de **aprobación**. La palabra "**asentimiento**" empleada en el precepto que nos ocupa, designa las dos formas de consentimiento. Así, tratándose de un contrato celebrado por un incapaz sin el consentimiento de su representante legal, la eficacia del acto dependerá de la **aprobación del representante**. El art. 109 del C. alemán estatuye que "Hasta el momento de la aprobación del contrato, tendrá la otra parte derecho a revocarlo". Fuera de este caso, el art. 178 del mismo Código contempla el contrato concluído por una persona capaz en nombre de otro, pero sin poder de él, supuesto en el cual "Hasta que el contrato se haya **ratificado**, tendrá la otra parte el derecho de deshacerlo, a no ser que al concluírlo conociera ya la falta de poder del representante".
Como se ve, el Código alemán emplea la palabra aprobación en relación a los actos de un menor y el vocablo **ratificación** en relación al contrato ajustado en nombre de otro por una persona capaz, pero sin poder para hacerlo.
Casos hay en que el consentimiento debe ser previo (arts. 111 y 180 C. alemán) bajo forma de autorización. En cualquiera de ambas formas de consentimiento, debe declarársela jurídicamente a cualquiera de las partes. sea al agente que obrando sin autorización a nombre de otro celebre el acto jurídico, o al tercero.

Art. 670. — El consentimiento previo será revocable hasta el momento de la ejecución del acto, a menos que resulte lo contrario de la relación jurídica en virtud de la cual se otorgó el consentimiento. La revocación podrá comunicarse a cualquiera de las partes.

Ver: art. 183 C. alemán; 376 del Anteproyecto de Bibiloni y 198 del Proyecto argentino de 1936.
El Código alemán establece la irrevocabilidad de la autorización previa en sus arts. 876, 880, 1071, 1245, 1255, 1276, 1517 y 1748.

Art. 671. Salvo convención en contrario, el asentimiento dado con posterioridad se retrotraerá, en cuanto a sus efectos, al momento en que se realizó el acto jurídico. Esta retroactividad no restará eficacia a los actos de disposición que se hayan realizado respecto de la cosa objeto del acto jurídico antes de la ratificación, por el autor de ésta, o que resultan de una ejecución, de un embargo o de una decisión del Síndico en caso de quiebra.

El tercero y el que hubiere contratado como representante podrán, de acuerdo, disolver el contrato antes de la ratificación.

El tercero contratante puede invitar al interesado a pronunciarse sobre la ratificación, asignándole un término, vencido el cual, frente al silencio, se entenderá negada la ratificación.

La facultad de ratificar se transmite a los herederos.

Ver: arts. 184 C. alemán; 139 C. italiano; 1338 C. francés; 377 del Anteproyecto de Bibiloni y 198 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 672. — El acto de disolución realizado respecto del objeto por quien no tenga derecho, será eficaz, no obstante, cuando se haya efectuado con el consentimiento del derechohabiente.

El acto de disposición será eficaz, cuando el derechohabiente lo apruebe, cuando el autor de dicho acto adquiera el objeto, o cuando el derechohabiente venga a ser su heredero y deba responder ilimitadamente de las obligaciones de la masa hereditaria.

En los dos últimos casos, cuando se haya realizado respecto del objeto varios actos de disposición que no sean compatibles, sólo surtirá efecto el primero.

Ver: art. 185 C. alemán; 378 del Anteproyecto de Bibiloni; 199 del Proyecto argentino de 1936; 1330 y 1846 del C. argentino.
Con el primer parágrafo del presente artículo se extiende su aplicación, con carácter de regla general, no

sólo a la venta de cosa ajena, art. 1330 del C. argentino, y a la venta de la cosa donada, art. 1846, porque no hay razón que justifique su limitación a sólo esos dos casos, salvo la excepción expresa de la hipoteca constituída sobre un inmueble ajeno, art. 3126 del mismo código, fundada en exigencias propias del sistema hipotecario (ver Bibiloni, nota al art. 378 de su Anteproyecto).
Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y demás traductores del código alemán, enseñan que la validación así concebida de los actos de disposición del bien de otro, es una innovación extremadamente feliz, al abrogar el principio del Derecho tradicional según el cual nadie puede disponer en nombre propio del bien de otro, aun con la autorización previa del derechohabiente. Siempre fue necesario obrar en virtud de una representación. Por ejemplo, un propietario ha remitido mercaderías a un comerciante acosado por sus acreedores y le ha autorizado a venderlas por su propia cuenta; o bien, el comerciante obra por cuenta del propietario, caso en los cuales, sus acreedores no adquirían derecho alguno sobre esos objetos; o bien, si él obró en su propio nombre, era necesario que él viniese a ser propietario para que sus acreedores pudiesen accionar sobre las mercaderías.
Siendo así, el acto de disposición hecho sin autorización previa era nulo, aun cuando fuera aprobado inmediatamente. Tales soluciones eran absolutamente contrarias a las exigencias de la práctica. En lo sucesivo, el acto de disposición del bien de otro hecho con autorización previa del derechohabiente, aun sin poder de representación, será perfectamente válido, y si tiene lugar sin previa autorización, podrá convalidarse por la aprobación dada después, lo que importa una ratificación. Esta retrotrae sus efectos al día del acto, en los términos del artículo precedente. El presente artículo consagra el mismo principio cuando el que ha dispuesto del objeto deviene adquirente, o cuando el derechohabiente deviene heredero del autor del acto de disposición y deba éste responder ilimitadamente de las deudas de la sucesión. No siendo así, el patrimonio de la sucesión no se confunde con el patrimonio del heredero beneficiario.
Si ha habido varios actos de disposición inconciliables entre sí, como serían dos o más enajenaciones sucesivas, el derechohabiente tendría que indicar, al ratificar, el acto que él entiende convalidar. Mas como esta indicación no sería concebible entre los casos previstos por el in fine de nuestro art. 672, se ha resuelto la dificultad por la validez conferida a solo el primero, en razón de su prioridad (ver autores cits. Code Allemand, t. I, pág. 247).

Art. 673. — Respecto de los actos de disposición de bienes ajenos obrados sin asentimiento previo, ni mandato expreso o tácito, su ratificación por el derecho habiente podrá resultar de hechos que necesariamente la connoten, pero no de su nudo silencio.
Cuando la ratificación se refiera a actos que han de hacerse por escritura pública, deberá formalizársela, bajo pena de nulidad, en esta clase de instrumento.

Ver: arts. 379 del Anteproyecto de Bibiloni y 200 del Proyecto argentino de 1936 y en cuanto al in fine, Nº 919 C. argentino.

TITULO V

DE LA NULIDAD DE LOS ACTOS JURIDICOS

CAPITULO UNICO

Art. 674. — Las únicas nulidades que los jueces pueden declarar son las que expresa o implícitamente se establecen en este Código.

Ver: arts. 789 del Esboco de T. de Freitas; 1037 C. argentino; 380 del Anteproyecto de Bibiloni; 201 del Proyecto argentino de 1936; 146, Parágrafo único y 152 C. brasileño. Confróntese lo que a propósito de las nulidades implícitas explicamos en el Nº 689 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 675. — Nulo es el acto jurídico en el que sea evidente o manifiesto hallarse comprendido en cualquiera de los incisos que siguen:
1º) El otorgado por una persona absoluta o relativamente incapaz de obrar, salvo excepción expresa de la ley; y el consentido a nombre de cualquiera de ambos por su representante necesario, con extralimitación de sus facultades legales, sin la autorización del juez, o contra la prohibición de la ley, o con violación de las condiciones exigidas por ella.
2º) El acto en que, por su objeto, se subvirtiese lo estatuído en el art. 546 de este Código.
3º) El que no revista la forma exclusivamente ordenada por la ley, o el que dependiendo en su validez de la forma instrumental, constare de un instrumento nulo.
4º) El realizado por agentes que procedieren con simulación o fraude presumidos por la ley.

5º) El practicado contra la prohibición general o especial de disponer, dictada por juez competente.

Los efectos del acto nulo, declarados por sentencia de juez competente, se retrotraen al día de su celebración.

Sobre el inc. 1º, ver: arts. 1041, 1042 y 1043 C. argentino; 789 inc. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 383 del Anteproyecto de Bibiloni; 203 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 2º, ver: art. 953 y 1044 C. argentino; 546 del presente Código; 789 inc. 5º del Esboco de T. de Freitas.
Sobre el inc. 3º, ver: arts. 1044 C. argentino; 386 del Anteproyecto de Bibiloni; 789 inc. 7º del Esboço de T. de Freitas; y 203 inc. 3º y 4º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 4º, ver: arts. 1044 C. argentino; 789 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; 386 del Anteproyecto de Bibiloni; y 203 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 5º, ver: arts. 385 del Anteproyecto de Bibiloni; 1464 inc. 4º C. de Chile; 1521 inc. 4º C. colombiano; 1520 inc. 4º C. ecuatoriano; 1567 inc. 3º C. hondureño; 136 C. alemán; 203 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

Art 576. — Es anulable el acto jurídico:

1º) Cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquier causa se hallaren privados de su razón;

2º) Cuando al celebrarse el acto, no fuere conocida la incapacidad de derecho del autor o la falta de objeto del acto, por requerirse para ello una investigación de hecho;

3º) Si estuviere viciado de error, dolo, violencia, fraude o simulación;

4º) Cuando, dependiendo su validez de la forma instrumental, fuere anulable el instrumento respectivo.

Ver: arts. 1044 y 1045 C. argentino; 790 del Esboço de T. de Freitas; 387 del Anteproyecto de Bibiloni; 204 del Proyecto argentino de 1936.
La incapacidad accidental es la que, como su nombre lo dice, ni es general y permanente, como la del interdicto, sino casual, la ineptitud de discernir en el momento de otorgar el acto, como los señalados en los incisos 3º y 4º del art. 509 del **Esboço** de Teixeira de Freitas: los privados del uso de la razón por delirio febril, sonambulismo natural o provocado por operación magnética y por fuertes emociones de miedo, terror, cólera o venganza, y los que hayan practicado el acto en estado de embriaguez completa, tal como también así los señala el art. 921 del C. argentino y la nota de Vélez Sarsfield.
Lo estatuido en el inc. 2º es trasiego del parágrafo 2º del art. 1045 del C. argentino, con la modificación de su texto, diciendo **incapacidad de derecho** en vez de **incapacidad impuesta por la ley**, manifiestamente impropia, dado que todas las incapacidades vienen de la ley, y porque lo que en este caso se contempla es la ineptitud legal para adquirir derechos o realizar actos determinados, tal como Bibiloni lo ha observado en su apostilla al art. 387 de su Anteproyecto.
En el inc. 3º, también trasegado del 1045 del Código argentino, se agrega el vicio de dolo, involuntariamente omitido por Vélez Sarsfield, pues, su modelo, el inc. 3º del art. 790 del **Esboço** de T. de Freitas, lo menciona.
El inc. 4º tampoco es novedad, desde que procede del **in fine** del 1045 del C. argentino.
Acertada es la advertencia de Bibiloni de no confundir, como en la nota de Vélez Sarsfield al 1045, actos anulables con nulidades relativas, cuando según la nomenclatura de T. de Freitas por él adoptada, actos nulos hay que son de nulidad relativa, como los contemplados en los arts. 1042 y 1048 del C. argentino; y actos anulables de nulidad absoluta, como los del parágrafo 2º del 1045.

Art 677. — Los actos anulables se reputan válidos mientras no sean anulados; y sólo se tendrán por nulos desde el día de la sentencia que los anulare.

Ver: arts. 1046 C. argentino; 792 del **Esboço** de T. de Freitas; 388 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 678. — La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca manifiesta en el acto. Puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede así mismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.

Ver: arts. 1047 C. argentino; 1683 del C. de Chile; 389 del Anteproyecto de Bibiloni; 205 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Preferimos esta vez reproducir el texto original del 1683 del C. chileno que también puede verse en los arts. 1561 del C. uruguayo; 1742 del C. colombiano; 1739 C. ecuatoriano; 2204 C. nicaraguense; 837 C. costarricense; 1589 C. hondureño; 1352 C. venezolano; 1124 C. peruano; 146 C. brasileño; 2226 C. mexicano.
Nos apartamos del 389 del Anteproyecto de Bibiloni que suprimió la locución: **excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba**, como si el agente de mala fe podría demandar la nulidad de un acto que él ejecutó a sabiendas de su invalidez substancial.
Tampoco hace falta autorizar al Ministerio de Menores por separado del Ministerio Público, a pedir la declaración de la nulidad absoluta, pues, aquél integra, en razón de dependencia, de este último.

Art. 679. — La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte, ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley. Sólo puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes.

El Ministerio de Menores podrá siempre alegarla en todos los supuestos del artículo anterior, cuando haya incapaces o menores emancipados interesados.

Ver: arts. 1048 y 1164 C. argentino; 811 y 812 del Esboço de T. de Freitas; 1684 C. chileno; 1562 C. uruguayo; 1743 C. colombiano; 1740 C. ecuatoriano; 1590 C. hondureño; 838 C. costarricense; 2205 C. nicaraguense; 147 y 152 C. brasileño; 392 del Anteproyecto de Bibiloni, con el agregado en el in fine de lo preceptuado por el art. 1164, llamado a desaparecer, y el 205 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 680. — El derecho de alegar la nulidad relativa por incapacidad, sólo corresponde al incapaz, sus representantes y sucesores a título universal y particular, y no a la parte capaz.

La fundada en error, dolo, violencia o intimidación no puede ser invocada sino por la parte que lo padeció.

Ver: arts. 1049 y 1166 C. argentino; 808 del Esboço de T. de Freitas; 1186 de García Goyena; 1125 C. francés; 1367 del C. holandés; 1441 C. italiano; 393 del Anteproyecto de Bibiloni; 207 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 681. — Cuando un incapaz hubiere procedido con dolo para inducir a la otra parte a consentir, ni él, ni sus representantes, ni sucesores, tendrán derecho a anular el acto. Si fuere menor, la simple afirmación de su mayor edad, no le inhabilitará para obtener la declaración de nulidad.

Ver: art. 1166 C. argentino; 1879 del Esboço de T. de Freitas; 1685 C. chileno; 1563 C. uruguayo; 1744 C. colombiano; 1741 C. ecuatoriano; 1129 C. peruano; 1348 C. venezolano; 155 C. brasileño; 1307; 394 del Anteproyecto de Bibiloni; 207 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 682. — La nulidad pronunciada por los jueces vuelve las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado, e impone a las partes la obligación de restituirse mútuamente todo lo que hubieren recibido en virtud de él, como si nunca hubiera existido, salvo las excepciones establecidas en este Código.

Ver: arts. 1050 C. argentino; 795 del Esboço de T. de Freitas; 395 y 397 del Anteproyecto de Bibiloni; 209 del Proyecto argentino de 1936

Art. 683. — Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual.

Los terceros podrán siempre ampararse en las reglas que protegen la buena fe en las transmisiones.

Sobre la primera parte ver: arts. 1051 C. argentino; 396 del Anteproyecto de Bibiloni; 210 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. IV, parág. 336; Toullier, t. VII, ns. 549 y 550; Duranton, t. XII, ns. 564 a 567; Chabot, Des Successions, art. 887, Nº 5; Demolombe, t. XXIX, Nº 170; Laurent, t. XIX, Nº 72 y 73; Huc., t. VIII Nº 214 in fine.

Sobre la segunda parte, ver la apostilla de Bibiloni al art. 396 de su Anteproyecto, en la que fundamentando el agregado de este parágrafo dice que "La reipersecución de bienes en poder de personas de buena fe, que los han adquirido de quienes tenían derecho aparente a ellos, es incompatible con las ideas modernas, y obstáculo fundamental para el establecimiento de un sistema eficaz de crédito real. Es, además, en la mayor parte de los casos, una verdadera iniquidad. Que, porque una persona se dejó engañar, o porque un juez o un gobierno —como en muchos casos ha ocurrido— creyó poder autorizar una enajenación, que después se declaró ilegal, se despoje a los adquirentes que ignoraban el engaño, o creían en la legitimidad de los actos autorizados, es cosa que jamás se podrá aprobar". (Ver autor y opus cits. t. I, pág. 122, edición Kraft.)

Art. 684. — Si el acto fuere bilateral, y las obligaciones correlativas consistieren ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses o de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí.

Ver: arts. 1053 C. argentino; 398 del Anteproyecto de Bibiloni 2240 C. mexicano.

Art. 685. — Cuando la nulidad fuere causada por la incapacidad general de hecho, la parte capaz no tendría derecho para exigir la restitución de lo que hubiere entregado, o el reembolso de lo que hubiere pagado o gastado, salvo si probare que existe lo que dió en poder de la parte incapaz; o que redundó en provecho manifiesto de ésta.

Ver: art. 1165 C. argentino; 1878 del Esboço de T. de Freitas; 1312 C. francés; 1191 de García Goyena. Se funda este precepto, dice Goyena, en la regla romana: **Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem** (ver autor y opus cits. t. III, pág. 190). Consagran análoga regla los arts. 1484 C. holandés; 2226 C. de Luisiana; 1443 C. italiano; 1688 C. chileno; 1566 parág. 2º C. uruguyo; 1747 C. colombiano; 1744 C. ecuatoriano; 1597 C. hondureño; 2212 C. nicaraguense; 845 C. costarricense; 1349 C. venezolano; 1130 C. peruano; 157 C. brasileño; 1304 C. español; 400 del Anteproyecto de Bibiloni y 208 del Proyecto argentino de 1936. (Aubry y Rau, t. IV, paráág. 237, texto y nota 5, pág. 428, 5ª. edición).

Art. 686. — Los actos nulos y anulados, aunque no produzcan los efectos de los actos jurídicos, pueden, sin embargo, producir los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias, deben ser reparadas.

Ver: arts. 1056 C. argentino; 794 del Esboço de T. de Freitas; 401 del Anteproyecto de Bibiloni; 212 del Proyecto argentino argentino de 1936.

Art. 687. — En los casos en que no fuere posible demandar contra terceros los efectos de la nulidad de los actos, o de tenerlos demandados, corresponde siempre el derecho a demandar, si proceden, las indemnizaciones de todas las pérdidas e intereses.

oVer: arts. 1057 C. argentino; 802 del Esboço de T. d eFreitas; 402 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 688. — La nulidad relativa puede ser cubierta por confirmación.

Ver: arts. 1058 C. argentino; 813 del Esboço de T. de Freitas; 403 del Anteproyecto de Bibiloni; 203 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 689. — La nulidad de un acto jurídico puede ser total o parcial En los testamentos, la ineficacia de una disposición particular no afectará la validez de las otras, con tal que sean separables.

Con relación a los actos entre vivos, la nulidad parcial los invalidará totalmente, a menos que de su contexto resulte que sin esa parte también se hubieran concluído, o que el perjudicado optare por mantenerlos.

Ver: arts. 1039, 3730, 3789, 834, 1176 C. argentino; 803 del Esboço de T. de Freitas; 211 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO VI

DE LA CONFIRMACION DE LOS ACTOS NULOS O ANULABLES

CAPITULO UNICO

Art. 690. — La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona capaz hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a la acción de nulidad, por nulidad relativa.

Ver: arts. 1059 C. argentino; 404 Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 691. — Los actos nulos o anulables no pueden ser confirmados por las partes que tengan derecho a demandar o alegar la nulidad, antes de

haber cesado la incapacidad o vicio de que ello provenía y no concurriendo ninguna otra que pueda producir la nulidad del acto de confirmación.

Ver: arts. 1060 C. argentino; 814 y 819 del Esboço de T. de Freitas; G. Goyena, art. 1187 inc. 1º; 405 del Anteproyecto de Bibiloni; 213 del Proyecto argentino de 1963.

Art. 692. — La confirmación puede ser expresa o tácita. El instrumento de confirmación expresa debe contener, bajo pena de nulidad: 1º) la substancia del acto que se quiere confirmar; 2º) el vicio de que adolecía; y 3º) la manifestación de la intención de repararlo.

Ver: arts. 1061 C. argentino; 815 y 816 del Esboço de T. de Freitas; G. Goyena, art. 1219; 406 del Anteproyecto de Bibiloni; 214 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 693. — La forma del instrumento de confirmación debe ser la misma y con las mismas solemnidades que estén exclusivamente establecidas para el acto que se confirma.

Ver: arts. 1062 C. argentino; 825 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 407 del Anteproyecto de Bibiloni; 214 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 694. — La confirmación tácita es la que resulta de la ejecución voluntaria, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad.

Ver: arts. 1063 C. argentino; 1338 C. francés; 408 del Anteproyecto de Bibiloni y 214 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 695. — La confirmación, sea expresa o tácita, no exige el concurso de la parte a cuyo favor se la hace.

Ver: arts. 1064 C. argentino; 409 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 696. — La confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad. Este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de terceros.

Ver: arts. 1065 C. argentino; 821 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 410 del Anteproyecto de Bibiloni y 215 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO VII

DEL EJERCICIO Y PRUEBA DE LOS DERECHOS

CAPITULO I

Del ejercicio de los derechos

Art. 697 — Será siempre necesario el amparo de la autoridad, para obtener de otro, contra su voluntad, la prestación de un hecho o una abstención.

Fuera de los casos contemplados en el presente título, queda prohibido hacerse justicia por sí mismo y usar de medios no autorizados.

En la Sección VI del Libro I y bajo el Título "Del ejercicio de los derechos — Legítima defensa — Justicia privada" — agrupa el Código alemán seis preceptos destinados a regular la prohibición de los enredos o litigios de mala fe (Chikane-verbot); la legítima defensa; la defensa contra peligros inminentes y la autorización y reglamentación de la justicia privada, los que, a pesar de su brevedad, son de una indudable trascendencia.
Como se comprenderá, pocas materias habrá tan delicadas como la de este Título ofrecidas a la dificultad

de delimitar la extensión y límites del ejercicio de los derechos civiles para la legítima defensa y la justicia privada, sin invadir la esfera del Derecho penal, superada gracias al tacto y sabiduría del legislador alemán, universalmente hoy reconocidos.

Inspirado en estas normas y con muy buen acuerdo, buscó Bibiloni manera de trasegarlas a su Anteproyecto, desde los arts. 411 a 424, los que pulidos por la Comisión argentina de Reformas del Código son los arts. 224 a 234 del Proyecto de 1936. En esta tarea de revisión, la Comisión prefirió soslayar el arduo asunto de la definición del ejercicio abusivo de los derechos, que Bibiloni, influído por la crítica de Planck y Kuhlenbeck al art. 226 del Código alemán, desdeñó copiar para substituirlo con el 411 de su Anteproyecto, según el cual: "**Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque de ello resulte perjuicio a tercero**", que la Comisión argentina se negó a recibir, pues, la verdad es que en tanto el juez no se pronuncie, nadie podría tener la certeza de obrar en los límites legales fijados al ejercicio de su derecho, sobre todo si por su ejercicio ocasiona daño a otro, cuando con la ejecutoria de su origen, estatuye el art. 226 del C. alemán que: "**No se permitirá ejercer un derecho cuando su ejercicio sólo pueda tener por objeto causar perjuicio a otro**", y el art. 826 del mismo Código preceptúa que: "**El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación**", como acto ilícito que es.

Es lo peor que quien quiera que sin reparar en el eventual perjuicio a tercero ejerza su derecho en la creencia de obrar en los límites legales, ha debido tener la intención de ocasionar ese perjuicio, a menos de suponerle sin el discernimiento necesario para medir las consecuencias posibles de su acción y distinguir el bien del mal, lo justo de lo injusto. Toda acción voluntaria supone discernimiento, intención y libertad. Sin discernimiento no habría imputabilidad, ni responsabilidad. Y así el que al favor del art. 411 del Anteproyecto de Bibiloni ocasionare daño a otro con el ejercicio de su derecho, incurriría en la infracción de la norma consagrada por los arts. 226 y 826 del C. alemán, o sea en lo que por estos preceptos se condena el ejercicio abusivo del derecho, como hecho ilícito que es, con el que se confunde según el propio Planck, inspirador de Bibiloni.

Planteados estos problemas a propósito de los dos citados preceptos del Código alemán, Planck propuso la interpretación estricta, según la cual, para la aplicación del art. 226 no bastará que el ejercicio del derecho sea contrario a las buenas costumbres, como reza el art. 826, ni que el derechohabiente haya tenido la intención de perjudicar a otro o la conciencia del perjuicio que va a causar, desde que todas las veces que uno usa de su derecho, aún en los límites más legítimos, sabe que va a causar perjuicio a otro, sino que es menester que el fin de causar perjuicio a otro sea el **único** que el acto haya podido tener. Si el acto ha podido tener otro fin que el perjudicial, no podría asignarsele una intención o propósito malevolente

Este fin único del acto no está expuesto a una investigación psicológica de la intención del derechohabiente. Ese fin debe resultar de una manera objetiva, de las pruebas rendidas en juicio. (ver Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles etc., en su apostilla al art. 226 del **Code Allemand**, t. I, pág. 354 y ss.)

Se comprenderá así por qué la Comisión argentina de Reformas del Código prefirió suprimir el art. 411 del Anteproyecto de Bibiloni, tal como lo explicamos en los ns. 1210 a 1248 de nuestro Tratado de las Obligaciones, t. II, pág. 433 y ss.)

Al trasegar nosotros el art. 224 del Proyecto argentino de 1936 al 694 del presente Código hemos substituídos la palabra "**concurso**" por "**amparo**" y hemos intercalado la locución. "**contra su voluntad**" para caracterizar mejor la prestación de un hecho o de una abstención por vía del ejercicio de un derecho subjetivo, de la prestación voluntaria que tiene lugar en virtud de una estipulación libremente consentida en la formación de un acto jurídico. El art. 694 es así trasiego de los arts. 417 del Anteproyecto de Bibiloni y del 224 del Proyecto de 1936.

Art. 698. — Un hecho impuesto por razón de defensa personal forzosa no es contrario al derecho.

Tiene lugar la defensa personal forzosa cuando ésta es exigida para apartar de sí o de otro un ataque actual ejercido en violación del derecho.

Ver. arts. 227 C. alemán; 412 del Anteproyecto de Bibiloni; 225 del Proyecto argentino de 1936; 2470 y 3944 C. argentino; y nota de Veléz Sarsfield al primero de estos dos últimos preceptos.

Adoptamos, vertida al castellano, la versión francesa que Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y otros ofrecen del art. 227 del C. alemán, casi igual a la acreditada traducción de Meulenaere. Alguna diferencia existe entre nuestro art. 695 y la redacción del 412 del Anteproyecto de Bibiloni y el 225 del Proyecto argentino de 1935. Suprimimos, por innecesario, el in fine agregado por los compiladores de estos dos esbozos, según el cual: "**No concurriendo los requisitos expresados, responderá el agente, salvo error excusable**", pues, ocioso es que si la defensa no es forzosa y el ataque no es actual, no sería legítima y engendraría responsabilidad por el exceso. Cuanto a la excusabilidad del error en que eventualmente podrá incurrir el que asumiese su propia defensa o la defensa de otro, no parece aconsejado estatuirlo nuevamente, dispuesto, como está por el in fine de nuestro art. 526, sin recurrir en superfluidad.

Con el presente precepto entendió el legislador alemán consagrar en la legislación civil un principio análogo y paralelo al del Código Penal, en virtud del cual un acto declarado ilícito en sí mismo pierde este carácter y deja de producir sus consecuencias desde que se torna necesario por razón de legítima defensa. Su aplicación se subordina: 1º a un ataque material dirigido contra la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, o contra los bienes del autor del acto o de cualquier otra persona, quien quiera que sea; 2º que el peligro sea actual o presente, porque un acto emprendido como reparación de un ataque anterior o como garantía contra un mal futuro, no sería un acto de legítima defensa; y 3º que el ataque de que se es objeto constituye por sí mismo un hecho contrario al derecho, cumplido en violación de la ley. Planck coloca entre los actos ilegítimos la privación o turbación de la posesión contra la voluntad del poseedor, calificada de ilegítima por el art. 854 del C. alemán; por lo que el art. 859 autoriza al poseedor a repeler por la fuerza las vías de hecho ilícitas de que fuere víctima. (ver autores y opus cits. t. I, pág. 336).

Por su parte, cita Bibiloni los arts. 2470 y 3944 del C. argentino, por los que se autoriza el empleo de la fuerza para impedir la desposición violenta y recuperarla (ver opus cit. t. I, pág. 130, edición Kraft).

Art. 699. — El que deteriore o destruya la cosa ajena para apartar de sí o de otro el daño con que esa cosa amenace, no obrará contra el derecho cuando el deterioro o la destrucción sea exigido para alejar el peligro, y el daño no sea desproporcionado con éste. Si el autor del hecho causó por su propia culpa el peligro, estará obligado a la reparación del perjuicio.

Ver: arts. 228 C. alemán; 413 del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 1º del art. 226 del Proyecto argentino de 1936. Una vez más optamos por verter al castellano la traducción francesa del art. 228 del C. alemán, como la más exacta. A ester a la glosa de los autores citados en la apostilla al artículo anterior, son requisitos de aplicación de nuestro art. 699: 1º que el objeto dañado sea una cosa, viva o no, sin que medie un ataque al individuo; 2º que el acto consista en el deterioro o la destrucción; 3º que el peligro provenga de la cosa misma; y 4º que el perjuicio no sea desproporcionado con el peligro corrido. Esta relación de proporción queda relegada a la apreciación del juez. Reunidos estos extremos, el acto deja de ser prohibido, pierde su carácter de ilícito.

Cuanto a la reparación delictual, debe distinguirse según que el autor del acto sea responsable o no del peligro que corrió. Si no le es imputable culpa alguna, los riesgos son a cargo del propietario de la cosa dañada y ninguna reparación es debida. Si, por el contrario, el autor del perjuicio es culpable del peligro que corrió, debe reparación, como por ejemplo, si se hubiere imprudentemente aproximado a un animal que debe suponerse peligroso.

Distinto es el caso contemplado en el art. 904 del C. alemán, el cual completa al art. 228. Estatuye el art. 904 que: **El propietario de una cosa no puede prohibir a otro el uso de su cosa si éste es necesario para evitar un peligro actual, y el perjuicio de que el tercero esté amenazado sea muy superior al que se infiera al propietario. Este podrá pedir reparación del daño sufrido.**

Son condiciones de aplicación de este precepto: 1º) que haya peligro, pero sin que sea necesario, como en la hipótesis del art. 228 que el peligro provenga de la cosa misma, ni que ésta amenace a la persona misma o a su patrimonio. El peligro debe ser presente o actual; 2º) que el uso de la cosa sea indispensable para alejar el peligro; 3º) que el peligro sea incomparablemente mayor que el perjuicio que podría causarse al propietario; y 4º) que el uso de la cosa ajena sea pronto y rápido. El propietario podrá siempre hacerse indemnizar el perjuicio, sin que haya que averiguar si el obligado incurrió o no en culpa (ver autores y opus cits. t. I, pág. 338 y t. II, pág. 511).

Art. 700. — El que para hacerse justicia por sí mismo, se apodera de una cosa, o la deteriora o destruye, o detiene a un deudor sospechoso de huir, o vence la resistencia que se le opone a un hecho que esa persona está obligada a tolerar, no obrará contra el derecho si fuere imposible a la justicia pública intervenir en tiempo útil y haya peligro, sin la acción inmediata, de que la realización de su derecho sea imposible o esencialmente difícil.

Ver: arts. 229 C. alemán; 414 del Anteproyecto de Bibiloni; e inc. 2º del art. 226 del Proyecto argentino de 1936.

Regula este precepto el caso en que sólo por excepción se admite hacerse justicia por sí mismo. Son requisitos de su aplicación: 1º) que la intervención de la autoridad pública bajo forma de recurso a los tribunales o a la autoridad administrativa, según el caso, no pueda ser requerida a tiempo; 2º) que sin la intervención personal del derecho habiente, la pretensión jurídica de que se hallare investido, corra el riesgo de perderse por completo o que su realización amenace encontrarse considerablemente agravada. No se requiere que haya riesgo de que el derecho sea completamente perdido y que su realización se torne absolutamente imposible. Basta el temor de que un serio perjuicio pueda resultar del plazo que exigiría el recurso a los medios legales para que el acto de justicia personal sea justificado (ver autores y opus cits. t. I, pág. 346).

Art. 701. — La justicia personal no puede exceder de lo que sea exigido para rechazar el peligro.

En caso de aprehensión de cosas, es menester solicitar el embargo judicial de ellas.

En el de detención de la persona del deudor, si no se la hubiere puesto en libertad, debe ser ella presentada sin demora a la autoridad competente, y requerirse su arresto.

Si el pedido de embargo, o de detención se retrasare o se rechazare, se restituirán inmediatamente las cosas secuestradas y la libertad al detenido.

Ver: art. 230 C. alemán; 415 del Anteproyecto de Bibiloni; 228 del Proyecto argentino de 1936. Mira este precepto a fijar los límites del derecho de la justicia personal. Si el autor del acto de aprehensión de cosas o de detención del deudor, no se ajustare a lo preceptuado en el presente artículo, obraría ilegalmente e incurriría en la comisión de un delito civil, a menos que probare que el retardo en que incurrió en dirigirse a la autoridad no es culposo de su parte. Si la justicia rechaza o retarda el pedido que se le hace, el acto de aprehensión personal o real debe cesar de inmediato. El detenido o la cosa recobrarían su derecho a la libertad, de tal suerte que si el retardo de su adversario no se debiese a culpa alguna de su parte, tendría derecho a la indemnización de daños y perjuicios.

Art. 702. — El que realice uno de los actos consignados en el art. 700 en la creencia errónea de que existen las condiciones necesarias para su legitimidad, estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios a la otra parte, aun cuando su ignorancia no sea imputable a negligencia.

Ver: art. 231 C. alemán; 416 del Anteproyecto de Bibiloni; 227 del Proyecto argentino de 1936.

El que para hacerse justicia por sí mismo, se apodere de una cosa o la deteriore o destruye, o detuviere a un deudor sospechoso, obra por cuenta propia y toma a su cargo sus riesgos y peligros; y el que lo sufre irregularmente tiene derecho a la reparación sin tener que inquietarse de saber si el error en virtud del cual su adversario ha podido creerse con derecho a ejercer tales medios de constreñimiento en relación a él, es excusable o no.

Se trata de un hecho que en su materialidad objetiva, es ilícito, que debe ser reparado. (ver autores y opus cits. t. I, pág. 348).

Art. 703. — Todo titular de derechos podrá pedir a los jueces medidas conservatorias de ellos, aunque se hallaren subordinados a condición o pendiente de plazo.

Ver: arts. 418 del Anteproyecto de Bibiloni y 230 del Proyecto argentino de 1936; arts. 1180 C. francés; 1356 C. italiano; 1121 C. español; 682 C. portugués; 2037 C. de Luisiana; 1423 C. uruguayo; 1210 C. venezolano; 121 C. brasileño; 1942 C. mexicano; 683 C. costarricense; 1106 C. peruano; 771 C. boliviano; 546, 3610 y 3773 C. argentino.
Son medidas de conservación, dice Clovis Bevilaqua, todas las que se limitan a impedir que el derecho perezca o sea perjudicado, sin cercenar la libertad de su ejercicio de parte de aquel a cuyo patrimonio actualmente pertenece. (ver autor y opus cits. t. I, pág. 367).

Art. 704. — Si alguien, fuera de juicio, se atribuyese derechos sobre bienes ajenos, podrá el interesado citar en justicia al autor de la jactancia, para que entable las acciones correspondientes dentro de un término prudencial. Vencido que sea el plazo, podrá el juez, a petición del actor, declarar que el jactancioso ha perdido el ejercicio de los derechos pretendidos.

Ver: arts. 419 del Anteproyecto de Bibiloni y 229 del Proyecto argentino de 1936; arts. 361 a 367 C. de Proc. Civiles; Hugo Alsina, Tratado T. Práctico de Derecho Procesal, t. II, págs. 380 a 398 1ª edición.

Art. 705. — Sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código, el efecto legal de la demanda se produce con su notificación. Su sola presentación será, empero, suficiente para observar un término o interrumpirlo.

Ver: arts. 420 del Anteproyecto de Bibiloni y 231 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 706. — Trabada la litis, no podrá modificarse la acción instaurada, salvo acuerdo del demandado. El silencio de éste valdrá por consentimiento. Si expresare su disconformidad, podrá el juez autorizar el cambio si juzgare que con ello no se perjudicará su eventual defensa.

Ver: arts. 422 del Anteproyecto de Bibiloni; 232 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 707. — Pueden cederse o enajenarse los derechos litigiosos, pero su transferencia no tendrá efecto alguno en el juicio. Sin el asentimiento del contrario, el adquirente o cesionario sólo podrá intervenir en forma coadyuvante. Si la sentencia que se dictara no afectare a los causahabientes del actor, procederá contra él la excepción de falta de acción.

Ver: arts. 423 del Anteproyecto de Bibiloni y 233 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 708. — Durante la subtanciación del pleito, no podrán las partes innovar en el estado de la cosa, o derecho litigioso.

Podrán, empero, solicitar las medidas conservatorias enderezadas a impedirlo, y asegurar el efecto de la sentencia respecto de los terceros adquirentes, como también la anotación preventiva de la litis en el Registro de la Propiedad.

Ver: arts. 424 del Anteproyecto de Bibiloni y 234 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 709. — Las acciones deducidas en juicio se transmiten a los herederos del actor, incluso aquellas que sólo podían ser intentadas por el titular del derecho, salvo que la relación de derecho haya sido disuelta por la muerte.

Así, la acción de desconocimiento de la legitimidad de un hijo es personalísima; no puede ser intentada sino por el marido, mientras viva, art. 256 C. argentino. Mas, por excepción, si él hubiese muerto sin hacer reclamación contra la legitimidad del hijo, podrán sus herederos y cualquiera que tenga interés en ello, interponer la demanda, dentro de los dos meses desde el día en que el hijo hubiere entrado en posesión de la herencia, art. 258 C. argentino y arts. 314 y 316 del presente código.

CAPITULO II

De la prueba — Disposiciones generales

Art. 710. — La prueba incumbe al que en juicio afirme hechos constitutivos de su derecho cuando fueren negados por la contraparte, o reclame el reconocimiento de una situación jurídica, la violación de un derecho o alegue un hecho impeditivo, modificativo o extintivo de una relación jurídica. Incumbe igual obligación al demandado que sin desconocer la relación de derecho invocada por el actor, opone a su pretensión una excepción substancial, y al que negare en juicio el hecho que la ley da por existente en virtud de una presunción que admite prueba en contra.

Ver: arts. 425 del Anteproyecto de Bibiloni; 235 del Proyecto argentino de 1936; Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, cs 14 y 15, págs. 191 y ss; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, t. II parág. 55, pág. 248 a 264; Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal, t. II, c) pág. 96 y ss. Reus, Ley de Enjuiciamiento Civil, t. I, pág. 807 y ss.; Manresa y Navarro, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. III, pág. 144 y ss.; Caravantes, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, t. II, pág. 132, edición 1856; Messineo, opus cit. t. II, 3, pág. 509.

Art. 711. — La prueba a que se refiere el artículo anterior, deberá producirse con arreglo a la ley de enjuiciamiento civil, por los medios siguientes:

1º) Instrumentos públicos.

2º) Instrumentos privados.

3º) Escritos emanados de la parte a quien se opongan, lleven o no firma.

4º) Confesión.

5º) Testigos.

6º) Presunciones.

7º) Juramento.

8º) Informes periciales.

Producidas las probanzas, el juez se limitará a apreciarlas según las reglas de la sana crítica. Según que el caso lo requiera podrá agregar a ellas su inspección ocular, diligencia en que deberá proceder objetivamente.

Ver: arts. 1190 C. argentino; 428 del Anteproyecto de Bibiloni; 236 del Proyecto argentino de 1936; 1315 a 1316 C. francés; 2229 y 2230 C. de Luisiana; 1903 C. holandés; 1573 C. uruguayo; 1698 C. chileno; 1354 C. venezolano; 1214 y 1215 C. español; 1757 C. colombiano; 1754 C. ecuatoriano; 2356 y 2357 C. nicaraguense; 1495 y 1496 C. hondureño; 719 y 720 C. costarricense.

Art. 712. — En la prueba de los actos jurídicos se observarán las reglas siguientes:

1º) Si tuvieren un forma prescripta por la ley, deberá justificarse mediante el instrumento que la acredite.

2º) Cuando fuere impuesto un medio de prueba especial, no podrá utilizarse otro distinto.

3º) Siempre que su valor excediere de (₲s. 500.—) Quinientos guaraníes y no fuere exigida una forma determinada, deberá constar de instrumento privado. En este caso no será admitida la prueba de testigos.

Los hechos simples podrán ser acreditados por todos los medios de prueba; los mixtos, sólo conforme a lo prescripto en el inc. 3º.

Ver: arts. 1191 C argentino; 673, 674, 1938, 1942 inc. 2º Esboço de T. de Freitas; 237 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De los instrumentos públicos

Art. 713. — Son instrumentos públicos:

1º) Las escrituras públicas.

2º) Cualquier otro instrumento que autoricen los escribanos o funcionarios públicos, en las condiciones determinadas por las leyes.

3º Las diligencias y planos de mensuras, aprobados por la autoridad judicial, así como las copias expedidas por orden de ella.

4º) Las actuaciones judiciales practicadas con arreglo a las leyes de enjuiciamiento.

5º) Las letras aceptadas por el Gobierno o en su nombre y representación por un Banco de Estado; los billetes o cualquier título de crédito emitido con arreglo a la ley respectiva, y las cuentas que se sacaren de los libros de la contabilidad pública, por el encargado de llevarlas.

6º) Los documentos y comprobantes de contabilidad de los Bancos públicos habilitados para funcionar que se conformen a las normas establecidas por el Directorio del Banco Central y el saldo definitivo de una cuenta corriente bancaria, establecido por el Banco acreedor, autorizado bajo su firma por el Gerente de dicho Banco con el visto bueno del Superintendente de Bancos.

7º) Las inscripciones de la deuda pública.

8º) Los billetes de curso legal que, con fuerza cancelatoria en los pagos, emita el Banco Central del Paraguay con arreglo al Decreto-Ley Nº 18.

9º) Los asientos de matrimonio, nacimientos y defunciones en los libros parroquiales, o en los pertenecientes a los templos de comuniones no católicas, hechos con anterioridad al 2 de diciembre de 1898, respecto de los matrimonios y del 17 de enero de 1914 respecto de las partidas de nacimientos y defunciones.

10º) Los asientos de matrimonios, nacimientos y defunciones en el Registro Civil, posteriores a las fechas indicadas en el inciso anterior.

11º) Las copias fehacientes de los instrumentos públicos. Si éstas no coincidieren con el original, prevalecerá en tal caso este último.

Ver: arts. 979 C. argentino; 429 del Anteproyecto de Bibiloni y 239 del Proyecto argentino de 1936; 688 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 714. — La validez del instrumento público requiere:

1º) Que el autorizante obre en los límites de sus atribuciones en cuanto a la naturaleza del acto.

2º) Que se extienda dentro de la jurisdicción territorial asignada al oficial público para el ejercicio de sus funciones, salvo que el lugar fuere generalmente considerado como comprendido en aquél.

3º) Que llenadas las formas legales, contenga las firmas del funcionario autorizante, así como las de todos los que aparezcan como parte o testigos en él. Si alguno de los cointeresados no lo suscribiere, carecerá de valor para todos.

La falta en el oficial público de las cualidades o condiciones necesarias para el desempeño del cargo, o cualquiera otra irregularidad en su nombramiento o recepción del empleo, no afectará la eficacia del acto.

Ver: arts. 980, 988 y 982 del C. argentino; 430, 431, 435 y 437 del Anteproyecto de Bibiloni y 240 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 715. — Son instrumentos nulos:

1º) Los que el oficial público autorizó después de serle comunicada su suspensión, reemplazo o destitución en el cargo, o luego de aceptada su renuncia.

2º) Aquellos en que el autorizante, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado, tuvieren interés personal respecto del asunto a que se refiere, salvo que se tratare de sociedades anónimas, o fueren gerentes o directores de ellas, caso en el cual el acto será válido.

3º) Los que no hubieren llenado las condiciones del art. 714.

Ver: arts. 983 y 985 C. argentino; 432 y 434 del Anteproyecto de Bibiloni; y 241 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 716. — Seran anulables:

1º) Si el oficial público, las partes o los testigos, los hubieran autorizado o suscripto por error, dolo o violencia.

2º) Siempre que tuvieren enmiendas, palabras entre líneas, borraduras o alteraciones en puntos capitales, no salvadas antes de las firmas.

3º) En el caso de que algunos de los otorgantes los arguyesen de falsos en todo o en parte principal.

Ver: art. 989 C. argentino; 438 del Anteproyecto de Bibiloni y 242 del Proyecto de 1936.

Art. 717. — El instrumento autorizado por oficial incompente, o que no tuviere las formas legales, valdrá, sin embargo, como documento privado, si lo hubieren suscripto las partes, aunque no reuna los requisitos exigidos para estos últimos.

Ver: arts. 987 C. argentino; 436 del Anteproyecto de Bibiloni; y 243 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 718. — No pueden ser testigos en los instrumentos públicos.

1º) Los menores de edad, aunque fueren emancipados.

2º) Los sometidos a interdicción.

3º) Los ciegos.

4º) Los que no saben firmar sus nombres.

5º) Los dependientes del oficial público autorizante del acto o de otras oficinas donde se otorguen iguales instrumentos.

6º) El cónyuge, y los parientes del oficial público y de las partes, dentro del cuarto grado.

7º) Los fallidos no rehabilitados, salvo el caso de quiebra casual.

8º) Los que por sentencia se hallaren inhabilitados para ser testigos en los instrumentos públicos.

Ver: art. 990 C. argentino; 439 del Anteproyecto de Bibiloni y 244 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 719. — El error común sobre la capacidad de los testigos incapaces que hubieren intervenido en los instrumentos públicos, pero que generalmente eran tenidos como capaces, salva la nulidad del acto.

Ver: arts. 993 C. argentino; 442 del Anteproyecto de Bibiloni; y 246 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 720. — Los testigos de un instrumento público y el oficial que lo autorizó, no podrán contradecir, variar ni alterar su contenido, a no ser que lo hubieren suscripto por dolo o por violencia.

Ver: arts. 992 C. argentino; 441 del Anteproyecto de Bibiloni; y 245 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 721. — El instrumento público hará plena fe mientras no fuere argüido de falso por acción criminal o civil, en juicio principal o en incidente, sobre la realidad de los hechos que el autorizante enunciare como cumplidos por él o pasados en su presencia. Interpuesta tal solicitud, el juez, atendidas las circunstancias, podrá ordenar que se suspenda provisionalmente el cumplimiento del acto a que ella se refiera.

Ver: arts. 993 C. argentino; 442 del Anteproyecto de Bibiloni; y 246 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 722. — Los jueces pueden declarar de oficio la falsedad de un instrumento público presentado en juicio, si de su contexto, forma y conjunto resultare manifiesto hallarse viciado de falsedad o alteraciones en partes esenciales.

Si se arguyere de falsedad una copia autorizada del instrumento público, bastará para comprobarla su cotejo con el original, diligencia que el juez podrá ordenar de oficio.

Ver: arts. 443 y 442 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; y 247 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 723. — Los instrumentos públicos hacen plena fe entre las partes y contra terceros:

1º) En cuanto a la circunstancia de haberse ejecutado el acto.

2º) Respecto de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, y demás declaraciones contenidas en ellos.

3º) Acerca de las enunciaciones de hechos directamente relativos al acto jurídico que forma el objeto principal.

Ver: arts. 994 y 995 C. argentino; 444 y 445 del Anteproyecto de Bibiloni; y 248 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 724. — El contenido de un instrumento público puede modificarse o quedar sin efecto, por un contradocumento público o privado que los interesados otorguen; pero el contradocumento privado no tendrá ningún efecto contra los sucesores a título singular, ni tampoco lo tendrá la contraescritura pública, si su contenido no está anotado en la escritura matriz, y en la copia por la cual hubiere obrado el tercero.

Ver: arts. 996 C. argentino; 447 del Anteproyecto de Bibiloni; 249 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 725. — Cuando se hubieran destruído, o hubieran desaparecido los instrumentos públicos originales, y existieren copias autorizadas de ellos, podrá el juez ordenar, con citación y audiencia de los interesados, e intervención del Ministerio Público, que la copia sea archivada en el Protocolo de un Escribano de registro, como instrumento original.

Art. 448 del Anteproyecto de Bibiloni y 250 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 726. — Si en el caso del artículo precedente, no existiere copia que pudiera utilizarse, el acto jurídico podrá ser probado:

1º) Por las menciones que existan en otros instrumentos públicos de los instrumentos destruídos o desaparecidos, como en las sentencias, diligencias de desgloce, antecedentes del título verificados por el funcionario que los cita y otros semejantes.

2º) Si se tratare de instrumentos inscriptos o transcriptos en los registros públicos, o en los libros de sentencias, por las constancias de éstos.

3º) Por las publicaciones oficiales o periódicos en que se transcribieran o se mencionaran circunstanciadamente los instrumentos, o los datos que ellos contenían.

En todos los casos, será necesaria la justificación de que desaparecieron los instrumentos originales. Su existencia anterior no podrá probarse por otros medios que los enumerados.

Ver: arts. 449 del Anteproyecto de Bibiloni y 251 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 727. — Los actos jurídicos celebrados en el extranjero, relativos a inmuebles situados en la República, serán válidos, siempre que constaren de instrumentos públicos debidamente legalizados, y sólo producirán efecto una vez que se protocolicen por orden de juez competente.

Ver: arts. 1211 C. argentino; 451 del Anteproyecto de Bibiloni y 253 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO IV

De las Escrituras Públicas

Art. 728. — Las escrituras públicas sólo pueden ser hechas por notarios, o por otros funcionarios autorizados para ejercer sus mismos oficios donde no lo hubieren, los cuales recibirán personalmente las declaraciones de las partes, de lo que darán fé.

Deberán ser hechas en el libro de registros que será numerado, rubricado, o sellado, con arreglo a lo dispuesto por la Ley Orgánica de los Tribunales.

Las escrituras que no estén en el protocolo, no tendrán valor alguno. Podrán ser escritas por amanuenses. El notario que las autorice será responsable por su redacción y contenido.

Ver: arts. 997 y 998 C. argentino; 705 y 706 del Esboco de T. de Freitas; 452 del Anteproyecto de Bibiloni y 254 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 729. — Las escrituras públicas deben redactarse en castellano.

Si los comparecientes no supieren hablarlo, se procederá como sigue:

1º) La escritura se hará de entera conformidad con una minuta escrita en el idioma en que los comparecientes puedan expresarse, firmada por ellos en presencia del notario que dará fe del acto, y del reconocimiento de las firmas si no la hubieren suscripto en su presencia. La minuta será vertida al castellano por traductor público matriculado y juramentado y firmada por él en presencia del Notario, quien igualmente dará fe de ello. Tanto la minuta como su traducción quedarán archivadas en el Registro, como parte de la escritura.

2º) Si los comparecientes no supieren escribir ni en su propio idioma, dictarán su minuta al traductor público quien la verterá por escrito al castellano, la que firmada por él, quedará archivada en el Registro, como parte de la escritura. Se procederá así aún cuando el Escribano y los testigos conocieren el idioma de los comparecientes.

3º) El notario dará fe de lo ocurrido en cuanto a lo que el presente artículo estatuye, y mencionará en su caso, su conocimiento del idioma extranjero, así como el de los testigos.

Ver: arts. 999 C. argentino; 709 del Esboço de T. de Freitas; 453 del Anteproyecto de Bibiloni; y 255 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 730. — Si una o ambas partes fueren sordomudos o mudos que saben darse a entender por escrito en forma inequívoca, la escritura se hará de acuerdo a una minuta, cuyas firmas deberán reconocer ante el notario, cuando no la hubieren suscripto en su presencia. Aquéllos, y también el sordo, deberán leer por sí mismos la escritura, y, siempre que supieren hacerlo, escribirán de puño y letra antes de las firmas, que la han leído y están conforme con ella. El Escribano dará fe de las circunstancias mencionadas y archivará las minutas, como parte de la escritura.

Ver: arts. 1.000 C. argentino, 710 del Esboco de T. de Freitas; 454 del Anteproyecto de Bibiloni; y 256 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 731. — Si el escribano no conociere a las partes, deberán éstas evidenciar su identidad personal con su libreta de enrolamiento o cédula policial, o en su defecto, con el testimonio de dos personas conocidas de aquél, de lo cual dará fe, haciendo constar, además, en la escritura, el nombre y apellido, domicilio o residencia de ellos.

Ver: arts. 1002 C. argentino; 712 inc. 4º del Esboco de T. de Freitas; 458 del Anteproyecto de Bibiloni; y 257 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 732. — Si las partes actuaran por medio de representantes, el notario procederá con arreglo a las siguientes normas:

1º) Si fuere menester la entrega de los poderes y documentos habilitantes, expresará el cumplimiento de esta circunstancia y los agregará a su protocolo.

2º) Si las procuraciones fueren generales, los transcribirá en su registro y pondrá en ellos nota de haberlo efectuado.

3º) Si los poderes y documentos se hubieren otorgado en su registro, expresará este antecedente, con indicación del tomo y el folio respectivo.

4º) Si tuviere que devolver instrumentos otorgados por escribanos o funcionarios habilitados por tales, se limitará a dar fe de haberlos confrontado con la matriz o el original.

Lo dispuesto en los incisos 1º y 2º se aplicará con respecto a los documentos que los interesados le presentaren como parte integrante de sus declaraciones.

Ver: arts. 1003 C. argentino; 712 inc. 5º, 713 inc. 3º, y 722 del Esboco de T. de Freitas; 459 del Anteproyecto de Bibiloni y 258 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 733. — La escritura pública debe expresar:

1º) Los nombres y apellidos de las partes; si son mayores de edad, su estado civil, y si fueren casados, separados, divorciado, o viudos, el nombre y apellido de su cónyuge, domicilio y vencidad.

2º) El lugar y fecha en que firmaren, pudiendo serlo en día feriado.

3º) La naturaleza y objeto del acto.

4º) La ubicación, medidas y linderos de los inmuebles, en su caso.

5º) Las cantidades a que se haga referencia, en letras y no en números.

El escribano dará fe de que conoce a las partes, como también de que ellas le han manifestado personalmente lo que consigna la escritura. Concluída que sea ésta, la leerá a los otorgantes en presencia de los testigos, salvando al final de ella, de su puño y letra, antes de las firmas, lo escrito entre líneas, las testaciones, enmiendas y raspaduras que se hubieren hecho. La escritura será firmada en presencia del escribano, por los interesados y los testigos, cuyos nombres y domicilios constarán en ella. Si alguna de las partes no supiere o no pudiere firmar, lo hará en su nombre otra persona, que no sea ninguno de los testigos, debiendo el autorizante expresar la causa del impedimento.

Ver: arts. 1001 C. argentino; 712 a 714 del Esboco de T. de Freitas; 455 del Anteproyecto de Bibiloni; y 259 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 734. — Si las partes decidieren después de firmada por ellas la escritura, pero antes de que lo hubiere hecho el escribano, corregirla o hacerle agregados, éstos sólo valdrán si fueren extendidos a continuación por aquél, leídos en presencia de los testigos, suscriptos por todos los comparecientes y autorizados por el escribano.

Ver: arts. 456 del Anteproyecto de Bibiloni y 260 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente en el C. argentino, ni en Freitas.

Art. 735. — Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 717, la escritura será nula:

1º) Si faltare en ella algunos de los siguientes requisitos:

a) La fecha y lugar en que fuere otorgada.

b) Los nombres de las partes, de los representantes en su caso, y de los testigos instrumentales y de conocimiento;

c) El objeto y la naturaleza del acto.

d) La mención, en su caso, de que los poderes y documentos habilitantes se encuentran en el protocolo del notario que la autoriza.

e) La atestación del notario de que conoce a las partes, y, en su caso, el

cumplimiento de lo dispuesto en el art. 733; de haber recibido en persona las declaraciones de los otorgantes y presenciado las entregas que según la escritura se hubieren hecho en el acto; como asimismo de que ha leído la escritura a los interesados, ante los testigos instrumentales.

f) La firma de las partes en la forma prescripta en el art. 733, con indicación de la causa del impedimento en el caso de firma a ruego.

2º) Si en ella no constare que se han cumplido las exigencias establecidas en el art. 731.

3º) Si alguno de los testigos fuere incapaz.

4º) Si no se hallare en la página del protocolo a que correspondería según el orden cronológico.

Ver: arts. 1004 y 1005 C. Civil; 728, 729 y 730 del Esboco de T. de Freitas; 460 del Anteproyecto de Bibiloni y 261 del Proyecto argentino de 1936.
No hace falta agregar que la inobservancia de las otras formalidades no anulará la escritura, porque las causas de nulidad enumeradas, son taxativas aunque sean implícitas.
La nulidad es la sanción penal de la ley civil (Planiol).

Art. 736. — El escribano debe dar copia fehaciente de la escritura a las partes que la solicitaren.

Si éstas le pidieren otro testimonio por haber extraviado o perdido la primera, lo entregará haciendo constar en él esa circunstancia. Mas si alguno de los otorgantes hubiere contraído en la escritura obligación de dar o hacer, no podrá expedir segunda copia sin orden judicial, dictada con citación de los interesados, quienes tendrán derecho de confrontar la copia con la matriz. Si los interesados se hallaren ausentes, el juez designará un oficial público para que lo haga.

Ver: arts. 1006, 1007 y 1008 C. argentino; 462 y 463 del Anteproyecto de Bibiloni; y 262 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 737. — La protocolización de documentos exigida por la ley, sólo se hará en virtud de orden judicial. El notario deberá agregar el instrumento a su protocolo, mediante un acta que sólo contenga los datos necesarios para identificarlo, y entregar testimonio a los interesados que lo pidieren.

Ver: art. 263 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO V

De los instrumentos privados

Art. 738. — Los instrumentos privados podrán otorgarse en cualquier día, y ser redactados en la forma e idioma que las partes juzguen conveniente, pero la firma de ellos será indispensable a su validez, sin que sea permitido substituirla por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos, ni por seudónimos, si éstos no fuere de los tutelados de conformidad con los arts. 15 y 20 de este Código.

Ver: arts. 1015 y 1012 del C. argentino; 739 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. X, parág. 666, pág. 669, 5t. edición; t. XII, parág. 759, pág. 184, 5t. edición; 467 del Anteproyecto de Bibiloni y 264 Proyecto argentino de 1936.

Art. 739. — No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los instrumentos privados que contengan convenciones bilaterales, deben redactarse en tantos ejemplares como partes con interés distinto intervengan en su celebración, con expresión del número de los suscritos en cada uno de ellos.

En tal caso, no importa que en un ejemplar falte la firma de su poseedor, con tal que en él figure estampada la de los otros obligados.

A falta de los requisitos enunciados, el instrumento sólo podrá valer, en su caso, como principio de prueba por escrito.

Ver: arts. 1013 C. argentino; 744 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. XII, parág. 756, 1º a) y b), pág. 188 y ss., 5ª edición; 468 del Anteproyecto de Bibiloni; 265 del Proyecto argentino de 1936.
Esta regla, dicen Aubry y Rau, sólo concierne a los actos que consignan convenciones perfectamente silagmáticas, es decir convenciones que, según su naturaleza y su origen, someten a las partes a obligaciones recíprocas, tales como la venta, la locación, la sociedad, la transacción, la partición. Mas ella no se aplica a las convenciones imperfectamente sinalagmáticas, como el mandato y el depósito, siquiera se haya estipulado un salario a favor del mandatario y el depositario.
Con harta mayor razón, la regla no se aplica a los contratos o actos puramente unilaterales, y particularmente a los simples reconocimientos de deudas, o fianzas o promesas unilaterales de venta.

Art. 740. — La omisión de las exigencias del artículo precedente, no perjudica la validez del instrumento:

1º) Cuando uno de sus otorgantes haya cumplido todas las obligaciones por él asumidas en la convención consignada en el instrumento.

2º) Siempre que por otras pruebas se demuestre que el acto fue concluído de una manera definitiva.

3º) Si, de común acuerdo, las partes depositaron el instrumento en poder de un escribano, o de otra persona encargada de conservarlo.

4º) Cuando los otorgantes cumplieren con posterioridad, en todo o en parte, las convenciones contenidas en el instrumento. La ejecución por uno de ellos sin que concurra o intervenga el otro, no impide que el vicio subsista respecto del último.

5º) Si quien alegare la falta del requisito, presenta su respectivo ejemplar.

Ver, sobre el inc. 1º, los arts. 1022 C. argentino; 478 del Anteproyecto de Bibiloni; e inc. del 266 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 2º, ver: art. 1023 C. argentino; 479 del Anteproyecto de Bibiloni; e inc, 2º del 266 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 3º, ver: art. 1025 C. argentino; 481 del Anteproyecto de Bibiloni; e inc. 3º del 266 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 4º, ver: art. 1024 C. argentino; e inc. 4º del 266 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el nc. 5º, ver: inc. 5º del art. 266 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente ni en el Código argentino, ni en el Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 741. — Los instrumentos privados pueden ser firmados en blanco antes de ser redactados, y en tal caso, harán fe, una vez llenados y reconocidas las firmas.

El signatario podrá, sin embargo, oponerse al contenido del documento, probando que no tuvo la intención de declarar lo que en él se consigna, o de contraer las obligaciones que resultan de él. No bastará el testimonio de los testigos, a menos que existiere principio de prueba por escrito.

La nulidad que en tal caso el Juez decretare, no producirá efecto contra terceros que hubieren contratado de buena fe.

Sobre el parágrafo 1º, ver arts. 1016 del C. argentino; 471 del Anteproyecto de Bibiloni; y parág. 1º del 267 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 2º, ver: arts. 1017 C. argentino; 472 del Anteproyecto de Bibiloni; parágrafo 2º del 267 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 3º, ver: arts. 1018 C. argentino; 473 del Anteproyecto de Bibiloni y parágrafo 3º del 267 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 742. — Las disposiciones de los dos últimos parágrafos del artículo precedente no se aplicarán al caso en que el papel contentivo de la firma en blanco hubiere sido fraudulentamente substraído a la persona a quien se hubiere confiado, y fuere llenado por un tercero contra la voluntad de ella.

La prueba de la substracción y del abuso de la firma en blanco puede ser hecha por testigos. Las convenciones hechas con terceros por el portador del instrumento no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe.

Ver: arts. 1019 C. argentino; 474 del Anteproyecto de Bibiloni; y 268 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 743. — Toda persona contra quien se presentare en juicio un instrumento privado cuya firma se le atribuyere, deberá declarar si la firma es o no suya.

Los sucesores podrán limitarse a manifestar que ignoran aquella circunstancia.

Si la firma no fuere reconocida, se ordenará el cotejo de la letra, sin perjuicio de los demás medios de prueba para acreditar la autenticidad.

El reconocimiento judicial de la firma importa el del cuerpo del instrumento.

Ver: sobre el primer parágrafo: arts. 1031 C. argentino; 487 del Anteproyecto de Bibiloni; parág. 1º del 269 del Proyecto argentino de 1963.
Sobre el parág. 2º, ver: art. 1032 C. argentino; parág. 2º del 269 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 3º, ver: art. 1028 C. argentino; 484 del Anteproyecto de Bibiloni; y parág. 3º del 269 del Proyecto argentino de 1963.

Art. 744. — Ninguna persona que hubiere suscripto con iniciales o signos un instrumento privado, podrá ser obligada a reconocerlos por su firma. Podrá, empero, reconocerlos voluntariamente y en tal caso las iniciales o signos valdrán como su verdadera firma.

Ver: arts. 1014 C. argentino; 469 del Anteproyecto de Bibiloni y 270 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 745. — No serán admitidos a reconocimiento los instrumentos privados cuyos firmantes fueren incapaces al tiempo de ser citados judicialmente para hacerlo, aun cuando al tiempo de suscribirlos hubieren sido capaces.

Ver: art. 1027 C. argentino; 483 del Anteproyecto de Bibiloni; 270 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 746. — El instrumento privado judicialmente reconocido por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, tiene el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscripto y sus sucesores.

La prueba que resulta del reconocimiento de los instrumentos privados es indivisible y tiene la misma fuerza contra aquellos que los reconocen, que contra aquellos que los presentaren.

Ver, sobre el parágrafo 1º, el art. 1026 C. argentino; 271 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 2º, ver: art. 1029 C. argentino: 485 del Anteproyecto de Bibiloni; y 271 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 747. — Los instrumentos privados aun reconocidos, no prueban contra los terceros o los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos. Su fecha cierta será respecto de dichas personas:

1º) La de su exhibición en juicio, o en una repartición pública, si allí quedare archivado.

2º) La de su reconocimiento ante un notario y dos testigos que lo firmaren.

3º) La de su transcripción en cualquier registro público.

4º) La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o de la que lo escribió, o del que firmó como testigo.

Ver: arts. 1034 y 1035 C. argentino; 490 y 491 del Anteproyecto de Bibiloni; y 272 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 748. — Las notas escritas o firmadas por el acreedor en el margen, dorso, o a continuación de un documento privado en poder del deudor, probarán para liberar a éste, mas no para establecer una obligación adicional.

Lo mismo se entenderá con respecto a las notas escritas o firmadas en igual forma por el acreedor, en instrumentos existentes en su poder.

En ambos casos, las notas canceladas o inutilizadas carecerán de mérito probatorio.

Ver: art. 1030 C. argentino; 764 y 769 del Esboço de T. de Freitas; 486 y nota del Anteproyecto de Bibiloni; 273 del Proyecto argentino de 1936, 2708 C. italiano.

Art. 749. — El escrito de reconocimiento o de renovación, hará fe contra el deudor, sus sucesores y causahabientes, a menos que éstos probaren con el documento original, que hubo error o exceso en aquéllos.

Ver: art. 492 del Anteproyecto de Bibiloni; 274 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 750. — Los documentos suscriptos por analfabetos con sus impresiones digitales, producirán los mismos efectos que los instrumentos privados una vez que por pericia de la Oficina Dactiloscópica del Estado se evidencie que tales impresiones digitales son las propias del obligado.

Ver: art. 275 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VI

De las cartas y otras pruebas escritas

Art. 751. — Las cartas serán admitidas como prueba en juicio:

1º) Si presentadas por su destinatario, constituyeren un medio de prueba dentro del pleito en que aquél tuviere interés.

2º) Si el tercero a quien fueron dirigidas, prestare su consentimiento para que se acompañen, no obstante ser ajeno al litigio.

3º) Si el contenido de la carta deba considerarse común al tenedor de ella y al destinatario, o si aquél la tuviere por entrega de éste.

4º) Siempre que hubieren sido presentadas por el destinatario o un tercero, en otro juicio del que fuere parte el litigante que pretenda valerse de ellas.

Con excepción de los casos mencionados en los incisos 3º y 4º, la negativa del destinatario para autorizar el uso de las cartas, no será suplida en forma alguna.

Inspirado en el art. 770 del Esboço de T. de Freitas estatuye el art. 1036 del C. argentino que: **Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento".**

En el t. I, Nº 684 de nuestro Tratado de las Obligaciones hemos explicado el sentido de esta prohibición, según Aubry y Rau, que la limitan al solo caso de que la misiva sea **confidencial.** También hemos reproducido las diversas opiniones acerca de lo que debe enterderse por **misiva confidencial.** Para Labbé lo es toda carta escrita sin la intención de crear un título en provecho del destinatario y en perjuicio del expedidor. Para Montagnier todas las cartas son confidenciales cuando se trata de intereses pecuniarios. Para Valery lo es cuando sea de tal naturaleza que su publicación pueda acarrear perjuicio a otro, sin que haya motivo que lo justifique.

Gény abona la prohibición, fundado: 1º) en la presunta intención de las partes y en el **animus donandi** del expedidor de la carta; y 2º) en la posesión de la carta por el destinatario.

Mas viniendo Bibiloni a esbozar su Anteproyecto de Código Civil juzga que en muchos hechos, en cuestiones de filiación, de matrimonio o divorcio, y otras semejantes, las cartas confidenciales son los medios más importantes de prueba para establecer los datos fundamentales de esa clase de litigio.

Se refiere, sin duda, a la carta confidencial poseída por el propio destinatario, quien puede hacerla valer en juicio en defensa de sus derechos, porque tratándose de la dirigida a un tercero, conviene en que no pueda exhibirse sin su asentimiento.

Agrega Bibiloni que "el Código contiene varias disposiciones relativas a la celebración de contratos por correspondencia. La cambiada constituye, por consiguiente, el medio legal de demostración de la propuesta, modificaciones, y consentimiento, así como la conclusión de la convención". Funda su parecer en la opinión de Laurent, t. XIX, Nº 224, pág. 243; de Aubry y Rau, t. XII, parág. 760, ter, y nota 13, pág. 292, 5ª. edición; y Demolombe, t. XXIX, Nº 430, pág. 369.

Confróntese, sobre el inciso 1º de nuestro art. 751, los arts. 493 del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 1º del 276 del Proyecto argentino de 1936.

Sobre los incisos 2º a 4º, ver el art. 494 del Anteproyecto de Bibiloni y los incisos 2º a 4º del 276 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 752. — La carta que por su contenido sea confidencial a juicio del juez, no podrá ser utilizada por un tercero en juicio, ni con el asentimiento del destinatario.

La carta que no reuna los requisitos necesarios para su admisión, será rechazada de oficio.

Ver: arts. 494 y 495 del Anteproyecto de Bibiloni; y 277 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 753. — El valor probatorio de las cartas no depende de la observancia de forma alguna. Pueden, según las circunstancias, admitirse, aunque no estén firmadas, o aunque estén suscriptas con signos o iniciales.

Las cartas dirigidas a terceros, aunque se refieran a obligaciones, no serán consideradas como instrumentos privados sujetos a las prescripciones de los arts. 746 y 743 última parte, y su mérito se juzgar conforme a lo dispuesto en el presente párrafo.

Ver: arts. 497, 498 y 499 del Anteproyecto de Bibiloni; y 278 del Proyecto argentino de 1936.
Explica en su apostilla a los arts. 496 y 497 de su Anteproyecto Bibiloni que esta disposición fluye de las anteriores, traídas por él de la doctrina corriente del Derecho civil francés, aceptada por Aubry y Rau, Demolombe, Huc y otros, según la cual, aun cuando en las cartas relativas a negocios sería singular que no fueran firmadas, en las de familia pueden ofrecerse misivas suscriptas con apodos o nombres cariñosos, que no son la firma del que las escribe, y en las más íntimas, como las amorosas, cartas no firmadas ni con signos, ni apodos, ni de otra manera. Agrega que el hecho sólo de encontrarse éstas en poder de sus destinatarios prueban por sí, que no eran proyecto sin ejecución. (ver autor y opus cits. t. I, pág. 166, edición Kraft).
Prueba coadyuvante de la autenticidad de las cartas no firmadas, como serían las esquelas que se estilan en las relaciones de amores ilícitos, sería una pericia caligráfica.
La infidencia o indiscreción en que se incurriría si se admitiese en juicio las misivas confidenciales sin el asentimiento de su destinatario, es la razón del art. 1036 del C. argentino, que esta vez se reproduce.

Art. 754. — Los libros de los comerciantes no hacen fe de los suministros hechos a personas no comerciantes, pero prueba contra ellos. El no comerciante que quiera aprovecharse de los asientos de sus libros rubricados o no, deberá aceptarlos en la parte que le perjudique.

Ver: arts. 500 y 501 del Anteproyecto de Bibiloni y 279 del Proyecto argentino de 1936.
La primera parte de nuestro artículo es conforme con los arts. 1329 C. francés; 2244 del C. de Luisiana; 1919 modificado del C. holandés; 2709 C. italiano; 285 y 286 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos.
Juzga Bibiloni necesario reglar en el Código Civil los suministros que los comerciantes hacen a los que no lo son, en relación a la prueba que acerca de ellos pueden arrojar los asientos de sus libros, pues, el Código de Comercio nos los contempla en sus arts. 63 y 64. Preceptúa el primero de éstos que los libros de comercio llevados en la forma y con los requisitos prescriptos, serán admitidos en juicio, como medio de prueba entre comerciantes. Y el segundo estatuye que: "Tratándose de actos no comerciales, los libros de comercio sólo servirán como principio de prueba", disposición inaplicable a nuestro caso, porque el suministro que un comerciante haga al que no lo es, es acto de comercio, y no es exacto que sus asientos revistan los caracteres de lo que entendemos por principio de prueba, desde que no emanan de la otra parte.
Por suministro se ha de entender toda entrega de cosas correspondientes al ramo del comerciante, pero no las claramente ajenas a él. Así, un banquero suministra dinero, pero el sastre que pretendiera haber hecho un préstamo, no hace un suministro. (ver autor y opus cits. t. I, pág. 167, edición Kraft).

Art. 755. — Los libros o registros domésticos de personas no comerciantes, no constituyen prueba a su favor. Prueban contra ellas: 1) cuando enuncian expresamente un pago recibido; y 2) cuando contienen la mención expresa de que la anotación se ha hecho para suplir la falta de título en favor de quien se indica como acreedor. El que quiera aprovecharse de ellos, habrá de aceptarlos en la parte que le perjudique.

Ver art. 502 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni; 2707 C. italiano; 1331 C. francés; 1918 C. holandés con adiciones; 2245 C. de Luisiana; 1228 C. español; 287 Proyecto ítalo-francés del C. de las O. y los contratos.
Abandonamos, esta vez, el texto literal del 502 del Anetproyecto de Bibiloni y el 280 del Proyecto de 1936, para ajustarnos al modelo de ellos, que es el 1331 del C. francés, trasegado al 1329 del italiano ya abrogado y últimamente al 2707 del Código de 1942, porque contrariamente a lo que a este propósito observa Bibiloni de no consignarse en los libros comerciales o particulares de que la anotación se hace para suplir la falta de títulos, es de práctica, sobre todo en la actividad puramente civil formular asientos en su libro de Caja de obligaciones o pagarés suscritos a favor del acreedor, con indicación de la fecha de su vencimiento, no sólo para ayudar a la memoria, sino también por probidad.

Art. 756. — El telegrama tiene la fuerza probatoria del instrumento privado, si el original entregado a la oficina expedidora está firmado por el remitente o bien si ha sido entregado o hecho entregar por el propio remitente, aun sin firmarlo.

La firma puede ser autenticada por notario.

Si la identidad de la persona que ha suscrito el original del telegrama

ha sido comprobada, por los modos establecidos en los reglamentos, se admite la prueba en contrario.

El remitente puede hacer indicar en el telegrama que el original ha sido firmado con o sin autenticación.

Ver: art. 2705 C. italiano; 284 del Proyecto Italo-francés del C. de las O. y los contratos; 505 del Anteproyecto de Bibiloni y 282 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 757. — La reproducción del telegrama entregado al destinatario se presume, salvo prueba en contrario, conforme al original.

Si el remitente ha hecho colacionar el telegrama según las disposiciones de los reglamentos, se presume exento de culpa, en cuanto a las divergencias que se hayan producido entre original y reproducción.

Ver: art. 2706 C. italiano.

Art. 758. — Los libros y los otros documentos de contabilidad de las empresas sujetas a registro hacen prueba contra el empresario. Sin embargo, quien quiera obtener beneficio de ellos, no puede dividir su contenido.

Ver: art. 2709 C. italiano; 63 parág. 2º C. de Comercio.

Art. 759. — Los libros sellados y rubricados en las formas de ley, cuando están llevados regularmente, puede hacer prueba entre empresarios en cuanto a las relaciones inherentes al ejercicio de la empresa.

Ver: art. 2710 C. italiano; 63 parágrafo 1º, 3º y siguientes C. de Comercio.

Art. 760. — La comunicación integral de los libros, de los documentos de contabilidad y de la correspondencia se puede ordenar por el juez sólo en las controversias relativas a la disolución de la sociedad, a la comunidad de los bienes, a la sucesión por causa de muerte, administración o gestión por cuenta ajena y en caso de liquidación o quiebra.

En los casos no especificados en el parágrafo anterior, sólo podrá proveerse a instancia de parte la exhibición de los libros, contra la voluntad de la empresa, en cuanto tenga relación con el punto o cuestión de que se trata. La verificación u examen de los libros exhibidos se hará a presencia del que los lleva o de quien lo represente, y se contraerá exclusivamente a los artículos relacionados con la cuestión que se ventila.

Ver: sobre la primera parte, art. 2711 C. italiano; y sobre los que siguen, los arts. 58 y 59 C. de Comercio.

Art. 761. — La reproducción fotográfica o fotocopia de instrumentos públicos o privados, de las actuaciones escritas de los expedientes o procesos judiciales que lleven al pie o al dorso la certificación de un Notario y Escribano Público, o del actuario del juicio, de ser fiel y exacta reproducción del original que por tal medio se trata de reconstruir, hará plena prueba del documento o instrumento representado.

Ver: art. 2712 C. italiano, sólo trasegado en la parte relativa a las reproducciones fotográficas o por fotocopia, que ahora se estilan, tan útiles en los casos en que por desaparición o robo de un expediente judicial sea indispensable a las partes reconstruirlos.
El art. 2712 del C. italiano de 1942 extiende la fuerza probatoria de las reproducciones mecánicas a las cinematográficas y grabaciones fonográficas, que no admitimos por la facilidad peligrosa de los trucos a que se prestan.

Art. 762. — Las tarjas correspondientes a la contraseña de confrontación constituyen plena prueba entre aquellos que acostumbran probar de este modo los suministros que hacen o reciben al menudeo.

Ver: art. 2713 C. italiano.

Art. 763. — El acto de reconocimiento o de renovación de una obligación hace plena prueba de las declaraciones contenidas en el documen-

to original, si no se demuestra por la exhibición de este último, que ha habido error en el reconocimiento o en la renovación.

VFer: art. 2720 C. Italiano; 718 C. argentino; y lo que acerca de esta materia o mejor, de sus arts. 718 a 723 explicamos en los Nos. 319, 322, 729 y 1459 y siguientes, en nuestro Tratado de las Obligaciones. Observamos allí el error metodológico en que Vélez Sarsfield incurrió al ubicar esta materia en el sitio que le asignó bajo el Título XV de la Sección I, del Libro II de su Código, inmediatamente después de la parte relativa a las obligaciones solidarias y antes del Pago, cuando de lo que se trata es de la prueba del reconocimiento de una deuda con la fuerza de una confesión, el que, como acto unilateral de voluntad, no se subordina en su validez a una voluntad recepticia, siquiera, por su naturaleza, presuponga la aceptación del acreedor, tal como lo es la confesión. Como acto jurídico que es, requiere la capacidad del que lo otorga, o sea que al hacerlo haya él obrado con discernimiento, intención y libertad. Como todos los actos jurídicos de nuestro derecho, el reconocimiento de obligación es causado, no en el sentido que a la causa atribuyeron Domat y Pothier, sino como intención motivada del agente, tal como lo explicamos en el Nº 217 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Harto se sabe el origen del art. 1337 del Código francés cual es la errada interpretación que Pothier hizo de ciertos pasajes de los Comentarios de Dumoulin a la Coutume de Paris, explicados en el Nº 1459 de nuestro Tratado de las Obligaciones, que es de donde viene que, por aplicación de ese precepto "Los actos de reconocimiento no dispensen de la presentación del título original, salvo que su tenor se halle en ellos especialmente reproducido. Lo que contengan de más o sea diferente del título original, no produce efecto alguno". Cuando el acto de reconocimiento reproduce el título original tiene lugar in forma speciali, y en caso de no reproducirlo, in forma communi, pero no lo reemplaza, ni prueba por sí mismo la existencia de la deuda, pero puede servir como principio de prueba por escrito, y para interrumpir la prescripción. La doctrina, empero, propende a atribuir al reconocimiento in forma communi, aunque sea único, la fuerza probatoria de la confesión.
La fórmula del art. 1337 del C. francés ha sufrido una sensible modificación en el art. 2720 del C. italiano de 1942, en cuanto sin exigir que el reconocimiento contenga la reproducción del título original, le confiere la fuerza de la confesión, o sea la de establecer la certeza de la deuda, a menos que por la exhibición del título original se evidencie que el declarante incurrió en error al hacer el reconocimiento, tal como lo explica Messineo (autor y opus cits. t VI, parág. 164, pág. 222).
Agrega Messineo que el reconocimiento puede ser negativo (si establece la certeza de la inexistencia de la deuda), o positivo (en el caso contrario), aludido por el art. 1988 del C. italiano; según el cual, la promesa de pago o el reconocimiento de una deuda, dispensa al acreedor de la carga de probar la relación fundamental, la cual se presume, salvo prueba en contrario.
Siendo así, como lo es, el reconocimiento es siempre causal, en cuanto presume la relación fundamental expresada en el título original. Tal es la razón por la cual no se admite por derecho italiano el reconocmiento abstracto del Derecho alemán, de que trataremos más adelante. Igual cosa cabe decir entre nosotros. Nuestro Derecho no conoce el acto abstracto. Todos los actos jurídicos sobre que legisla el presente Código, son causados.
Viene de aquí que el reconocimiento de deuda de nuestro Derecho no se confunda con la novación objetiva, puesto que ésta tiene función constitutiva y no meramente declarativa de certeza. Tampoco hay manera de confundirla con la transacción, la cual tiene carácter constitutivo o dispositivo, al paso que la declaración de certeza es eminentemente declarativa, fuera de que la transacción, como contrato, es bilateral, al paso que la declaración de certeza es unilateral. La transacción supone renuncia recíproca de derechos, o concesiones parciales que las partes se hacen para poner fin a un estado de duda o de incertidumbre en sus relaciones jurídicas, sea antes o después de una litis. Por la declaración de certeza, el que la hace presta su adhesión total a las pretensiones de su acreedor.
Con lo que dejamos dicho se comprenderá que también nos separamos en esta materia de los arts. 2882 a 2885 del Anteproyecto de Bibiloni, inspirados en la concepción germana de los actos abstractos, siquiera bajo el título de "La Promesa de deuda. Reconocimiento de deuda" que los compiladores del Proyecto argentino de 1936 trasegaron a los arts. 1394 a 1395 del Proyecto de 1936, bajo el título de "Las obligaciones abstractas", porque si bien prestigiados por su origen: los arts. 780, 781, y 812 del C. alemán, ocioso es que la concepción de los actos abstractos no se acomoda a nuestro genio latino, tan reñido con la férrea disciplina según la cual haya siempre el hombre libre de inclinarse ante el dictado de unas líneas sin derecho alguno a defenderse en juicio por falta de causa o sea por falta de intención motivada, que se ofrece en los casos de error o dolo.
Bien ha dicho Raymond Célice a este propósito. "No estamos dispuestos a aceptar una concepción que destruye toda relación entre el acto jurídico y su autor, ni a admitir que un acto maquinal, la producción de un sonido, el trazado de algunas líneas, pueda tener un determinado valor, y que la voluntad del hombre no tenga ninguno. No estamos suficientemente habituados a doblegarnos bajo el peso de una disciplina social para aceptar este aniquilamiento de nuestra individualidad" (ver autor cit. El Error en los Contratos, pág. 25, versión castellana de Camargo y Marín).
Lejos, pues, de suprimir los arts. 719 a 723 del Código argentino, pasamos a reproducirlos, sin otra referencia que la ya conocida de los Nº 1459 a 1468 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 764. — El acto de reconocimiento de las obligaciones está sujeto a todas las condiciones y formalidades de los actos jurídicos.

Ver: art. 719 C. argentino.

Art. 765. — El reconocimiento puede hacerse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, por instrumentos públicos o por instrumentos privados, y puede ser expreso o tácito.

Ver: art. 720 C. argentino.

Art. 766. — El reconocimiento tácito resultará de pagos hechos por el deudor.

Ver: art. 721 C. argentino.

Art. 767. — El acto del reconocimiento debe contener la causa de la obligación original, su importancia, y el tiempo en que fue contraída.

Ver: art. 722 C. argentino.

Art. 768. — Si el acto de reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe estarse simplemente al título primordial, si no hubiere una nueva y lícita causa de deber.

Ver: art. 723 C. argentino.

CAPITULO VII

De la Confesión

Art. 769. — La confesión es la declaración, judicial o extrajudicial, espontánea o provocada por posiciones de la parte contraria o por el juez directamente, mediante la cual una parte, capaz de obligarse y a sabiendas de proporcionar por su contestación o su silencio a la otra una prueba en perjuicio propio, admite total o parcialmente la verdad de una obligación o de un hecho que se refiere a ella y es suceptible de efectos jurídicos.

Optamos por la definición de Lessona Teoría General de la Prueba en Derecho Civil, Parte General, Nº 373, pág. 475, versión castellana de Aguilera de Paz; Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, t. II, parág. 61, pág. 291; Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, Nº 311, pág. 482, versión castellana de Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo; Caravantes, Tratado Histórico, Crítico Filosófico de los Procedimientos judiciales en materia civil, t. II, Nº 843, pág. 179, edición de 1856; Manresa y Navarro, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t. III, pág. 199; Reus, Ley de Enjuiciamiento Civil, t. II, pág. 37; Alsina, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, t. II, Nº 2, pág. 225; Messineo, opus cit. t. II, Nº 15, pág. 518; Pothier, **Ouvres, Traité des Obligations**, t. II, Nº 831, pág. 444, 2— edición Merlin, **Repertoire**, t. III, verb. **Confession**, pág. 421 Aubry y Rau, t. VI, parágrafo 751, pág. 333 y ss., 3ª edición; Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. IV, Nº 2701, pág. 375 y ss.; Giorgi, Teoría de las Obligaciones, t. I, Nº 388, pág.414; Lomonaco, **Delle Obbligazioni**, t. III, pág. 532; Coviello, **Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale**, parágrafo 178, pág. 540; Duranton, t. XIII, Nº 534, pág. 550; Planiol, **Traité Elementaire**, t. II, Nº 22, pág. 8, 9ª edición; Esmein, Radouant y Gabolde, in Planiol y Ripert, **Traité Pratique**, —**Obligations**, t. VII, Nº 1561, pág. 902 etc.).

Preferimos esta vez a los arts. 521 del Anteproyecto de Bibiloni y al 283 del Proyecto argentino de 1936, la definición que Lessona ofrece de la confesión, pues, en ella, por didáctica que pueda parecer dentro de un Código, están todos los requisitos a que su validez se condiciona: 1º la declaración del confesante; 2º espontánea, o provocada a instancia del adverso, o de oficio por el juez, como lo autoriza el art. 132 in fine de nuestra ley de enjuiciamiento civil; 3º hecha en juicio o fuera de él, por lo que se admite la validez del incluso la confesión hecha ante juez incompetente; 4º capacidad de obligarse del que la hace; 5º voluntariedad de su declaración, en cuanto supone discernimiento, intención y libertad, en el sentido de saber que al confesar proporciona al adverso una prueba en perjuicio propio, y que aun guardando silencio o absteniéndose de hablar, se le tendrá por confeso si así el adverso lo pidiere, porque la confesión requerida en juicio es por antonomasia el acto por el cual la ley impone la obligación de explicarse, a tenor de lo dispuesto por el art. 517 del presente Código, análogo al 919 del C. argentino; y 6º la admisión del hecho o de la obligación afirmada en la posición formulada por el adverso, total o parcialmente.

Diciendo el art. 521 del Anteproyecto de Bibiloni que "**El reconocimiento expreso de hechos relativos a la causa, efectuado ante el juez, aun incompetente, constituye plena prueba, contra la persona que lo presta**", equipara la confesión al **reconocimiento**, sin embargo de ser nítidas sus diferencias, por mucho que ambos prueben una obligación. La confesión, dice a este propósito Lessona, crea una prueba que ni antes ni fuera de ella existía, al paso que el **reconocimiento** renueva una prueba preexistente de la obligación, como así, en efecto, resulta de nuestros arts. 766 a 773. (Ver Lessona, opus cit. Parte General, Nº 378, pág. 482).

Agrega el art. 521 del Anteproyecto de Bibiloni que el reconocimiento debe ser de "**hechos relativos a la causa**", sin explicarnos qué debe entenderse en este caso por "**causa**", noción omitida por la supresión de los arts. 500, a 502 del C. argentino en él esbozo de que él es autor. A lo que parece, Bibiloni siguió en este punto a Pothier, quien a inspiración de Dumoulin, distingue la confesión "**que se me hace a mí**" de la confesión "**hecha a terceros**", fuera de mi presencia. Y agrega que cuando el deudor me confiesa a mí mismo su deuda y su confesión expresa la **causa** de la deuda, ella hace prueba completa de la obligación; pero si ella se ha hecho de una manera vaga, y sin expresar la causa, ella no constituye, según Dumoulin, sino una prueba imperfecta, que debe ser completada por el juramento supletorio que el juez debe exigirme (ver autor y opus cits. t. I, Nº 834, pág. 445, 2ª edición).

Mas la noción de causa en el lenguaje de Pothier, como en el de Domat, referida a la de las obligaciones nacidas de los contratos sinalagmáticos, se confunde con la prestación u objeto de ella, razón por la cual ha sido abandonada por los propios exégetas del Código francés, como Merlin, Toullier Delvincourt, Mourlón, Demolombe, Colmet de Santerre, Baudry Lacantinerie y Barde, Colin y Capitant, Duguit, Giorgi, Gianturo, Lomonaco, Ricci, quienes la redujeron al **por qué uno se obliga**, y con mayor acento por Colmet de Santerre, Brissaud y otros que la redujeron al **consentimiento**; seguidos por Bufnoir y Capitant, según los cuales es el **fin perseguido por el que se obliga**; y por Josserand, para quien la causa es la **intención** motivada del agente, tal como lo dejamos explicado desde el Nº 380 al 392 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Siendo así, la causa que dice el art. 521 del Anteproyecto de Bibiloni, desnuda de toda explicación acerca

de su sentido, es un vocablo sibilino, inadmisible en una definición legal de la confesión judicial, con el agravamiento de que según ese precepto, debe ella ser necesariamente "expresa", cuando es universalmente admitido que la confesión tenga también lugar por el silencio del confesante ante la afirmación de un hecho o de una obligación formulada por el adverso en su presencia y en la del juez, como sanción de la obligación legal de explicarse por la ley.
Tampoco hemos podido aceptar el art. 283 del Proyecto argentino de 1936, porque amén de incompleta, como definición, reduce la confesión judicial a sólo la que tiene lugar en forma expresa. En esta formulación la palabra "causa" del art. 521 del Anteproyecto de Bibiloni, ya no es la causa trasegada de la obra de Pothier, sino un hecho anterior al acto de la confesión, con lo que se incurre en una superfluidad, pues, el art. dice así: "Cuando alguien reconociere en forma expresa ante juez, aunque fuere incompetente, HECHOS relativos a una CAUSA, tal confesión producirá plena prueba en su contra siempre que concurran los extremos siguientes". Tampoco es recomendable la confusión de un reconocimiento con la confesión, porque, como ya lo hemos explicado, ambas nociones son distintas.

Art. 770. — Sólo se admitirán en juicio las posiciones por las que se afirmen o nieguen hechos controvertidos por las partes que por su naturaleza puedan ser objeto de prueba, y sean contrarios a los intereses del confesante, propios de él y favorables a los de su adversario. No se admitirán las posiciones que versen sobre hechos ya evidenciados por otros medios probatorios; ni los excluídos por la producción de otra prueba; ni los evidentes, como las verdades axiomáticas de las ciencias; ni los hechos imposibles, ni los no articulados por las partes en sus escritos de demanda y contestación.

Ver: Lessona, opus cit. Parte General, Nºs. 167, a 181, págs. 273 y ss., y Nºs. 384 a 394, pág. 486 y ss. Tampoco esta vez podemos adoptar el art. 522 del Anteproyecto de Bibiloni, y su correlativo el 284 del Proyecto de 1936, porque no se ajustan a la doctrina preconizada por los más autorizados expositores de esta materia, tal como reza nuestro art. 770, epítome de la enseñada por Lessona, a quien seguimos, lo más fielmente posible. Así, según aquellos preceptos, no pueden ser objeto del reconocimiento (confesión) "los actos jurídicos que no se hubieran realizado en la forma que exige para su validez", de suerte que siendo así no podría una posición dirigida al adversario referirse a un compromiso de vender cierto inmueble celebrado en un boleto bajo firma privada, siquiera el hecho haya sido controvertido por las partes, afirmándolo una de las partes y negándolo la otra. Agrega el artículo que: "Tampoco se admitirá cuando comprometa derechos a que no se puede renunciar o sobre los que no se puede transigir", lo que parece ocioso, pues, las posiciones, por definición sólo deben referirse a hechos y solo a hechos personales del confesante que le perjudiquen y beneficien al que las formula.

Art. 771. — La confesión no es eficaz sino proviene de persona capaz de disponer del derecho al que los hechos confesados se refieren. Cuando se la preste por un representante, es eficaz sólo si se hace en los límites y por los modos en que éstos vinculan al representante.

Ver: arts. 2731 C. italiano; 524 del Anteproyecto de Bibiloni; 283 Inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1356 C. francés; 2270 C. de Luisiana; 1607 C. uruguayo; 1713 C. chileno; 1401 C. venezolano; 1769 C. colombiano; 1513 C. hondureño; 2405 C. nicaraguense; 1769 C. ecuatoriano.

Art. 772. — Los representantes de personas jurídicas, de incapaces, y los mandatarios especiales, pueden reconocer los hechos personalmente obrados, en ese carácter, si ejercieren actualmente sus funciones.

Ver: arts. 525 del Anteproyecto de Bibiloni y 285 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 773. — La confesión judicial prestada con arreglo a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles forma plena prueba contra aquel que la presta, siempre que no se refiera a hechos relativos a derechos no disponibles.
En caso de litisconsorcio necesario, la confesión prestada por algunos solamente de los litisconsorcios, podrá ser libremente apreciada por el juez.

Ver: art. 2733 C. italiano.

Art. 774. — Cuando a la declaración indicada en el art. 769 se acompaña la de otros hechos o circunstancias que tiendan a contrarrestar la eficacia del hecho confesado o bien a modificar o a extinguir sus efectos, las declaraciones hacen plena prueba en su integridad si la otra parte no niega la verdad de los hechos o de las circunstancias agregadas. En caso de que la niegue, se deja al juez la apreciación, según las circunstancias, de la eficacia probatoria de las declaraciones.

Ver: art. 2734 C. italiano.

Art. 775. — La confesión extrajudicial hecha a la parte o a quien la representa, tiene la misma eficacia probatoria que la judicial. Si se hace a un tercero o si está contenida en un testamento, es libremente apreciada por el juez.

La confesión extrajudicial no puede probarse por testigo, si se refiere a un objeto respeto del cual la prueba de testigos no está admitida por la ley.

Ver: art. 2735 C. italiano; 526 del Anteproyecto de Bibiloni y 288 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 776. — La confesión judicial o extrajudicial es indivisible e irrevocable, salvo que se la impugnare en virtud de error de hecho, dolo o violencia.

Ver: arts. 1356 C. francés; 2732 C. italiano; 1233 C. español; 2270 C. de Luisiana; 1608 C. uruguayo; 1404 C. venezolano; 1769 C. colombiano; 1769 C. ecuatoriano; 1515 y 1516 C. hondureño; 527 del Anteproyecto de Bibiloni y 288 del Proyecto argentino de 1936.
El art. 527 inc. 2º del Anteproyecto de Bibiloni admite que la confesión pueda revocarse por error de hecho o de derecho. Como no compartimos que puede invocarse un error de derecho en la apreciación de una posición sólo relativa a hechos personales del confesante, omitimos reproducirlo. Ningún Código lo admite y el art. 1404 in fine del de Venezuela, lo prohibe, al preceptuar que: **"No puede revocarse so pretexto de un error de derecho".**

CAPITULO VIII

De la prueba testifical

Art. 777. — La prueba testifical es la constituída por las declaraciones que terceros hábiles, ajenos al litigio, hacen bajo juramento de decir la verdad, de lo que vieron u oyeron sobre el hecho de la contienda, ante el juez, en presencia y con conocimiento de las partes.

Una vez más, creemos necesaria una definición legal de esta prueba, aun a riesgo de verla criticada por su naturaleza didáctica, en cierto modo reñida con la de un Código. Adoptamos la de Mortara, recomendada por la adhesión a ella de Lessona(ver autor y opus cits. Prueba Testifical y Pericial, nota 1, pág. 51.

Art. 778. — Los actos jurídicos a que se refiere el art. 777, cuyo valor exceda de quinientos guaraníes, no podrán probarse por testigos, aunque medie conformidad de partes o el actor reduzca sus pretensiones a ese límite.

Ver: arts. 1193 C. argentino; 1341 C. francés; 507 del Anteproyecto de Bibiloni; y 289 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
El art. 506 del Anteproyecto de Bibiloni es innecesario en cuanto preceptúa que: **"Los actos jurídicos que tengan una forma prescripta por la ley, no podrán probarse sino presentando el instrumento que acredite que ha sido llenada"**, porque ya está dicho lo mismo en los arts. 315, 316 y 318 de dicho Anteproyecto y en los art. 562 a 565 de este Código.
Suprimimos en nuestro art. 778 la obligación de hacer constar por instrumento privado los actos jurídicos que no tengan forma especial ordenada, como lo esboza Bibiloni en el art. 507 de su Anteproyecto, pues, a nuestro juicio, siquiera tal obligación proceda del art. 1341 del C. francés, riñe con la libertad de elección de formas cuando por el Código o por leyes especiales no se designe forma al acto jurídico, consagrada por el art. 314 de dicho Anteproyecto, trasunto del 974 del C. argentino y 669 del Esboço de T. de Freitas. Este sistema se halla actualmente abandonado, como lo acreditan los arts. 293 parág. 1º del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos y el 2721 del C. italiano de 1942, reproducción modificada del 1341 del Código de 1865, abrogado.
Adoptamos así la fórmula del inc. 1º del art. 289 del Proyecto argentino de 1936, directamente inspirado en los arts. 293 parág. 1º y 294 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los Contratos, trasuntos de los arts. 1341 y 1343 del C. francés. Queda así modificado el art. 1193 del C. argentino.

Art. 779. — Aun demandándose por una suma inferior a quinientos guaraníes, tampoco se admitirá su prueba por testigos, si ella fuere parte o saldo de una suma mayor; ni si por acumulación de varias demandas por actos que no consten por escrito, se reclamare una suma mayor de la tasa legal, salvo que los derechos reclamados correspondan a varias personas por sucesión universal o singular.

Ver: arts. 512 inc. 2º y 3º del Anteproyecto de Bibiloni; e incisos 2º y 3º del 289 del Proyecto argentino de 1936; 1344 del C. francés; 1950 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 1345 del C. francés; 1950 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 780. — Tampoco se admitirá la prueba testifical que tuviere por objeto pactos agregados o contrarios al contenido de un documento, respecto de los cuales se alegare que la estipulación ha sido anterior o simultánea, aunque se trate de un acto de valor inferior a quinientos guaraníes.

Ver: arts. 2722 C. Italiano; 293 inc. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 509 del Anteproyecto de Bibiloni; inc. 4º del art. 289 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 781. — La prueba testifical y toda otra clase de prueba es admitida respecto de los actos jurídicos que no tuvieren forma especial prescripta por la ley, cualquiera sea su monto:

1º) Cuando hubo imposibilidad de obtener la prueba escrita. Se juzgará que hay imposibilidad de obtener o presentar prueba escrita, en los casos de depósito necesario, o cuando la obligación hubiere sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiere sido imposible formarla por escrito.

2º) Si existiere principio de prueba por escrito, constituído por cualquier documento público o privado emanado del adversario contra quien se dirige la demanda, o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso.

3º) Cuando la cuestión versare sobre la incapacidad accidental o no conocida de una parte, o sobre los vicios de error, dolo y violencia, o sobre fraude, simulación del acto, o falsedad del instrumento público o privado de que constare; o cuando recayere sobre el carácter ilícito del acto.

4º) Cuando la parte que recibió alguna prestación en virtud del contrato, se negare a cumplir la obligación a su cargo.

5º) Si tratándose de actos entre vivos, una de las partes hubiere perdido el instrumento privado que lo acreditaba, o se destruyere por caso fortuito o fuerza mayor.

Ver: Sobre el inc. 1º, los arts. 1191 C. argentino; 1942 del Esboço de T. de Freitas, con las atinadas observaciones críticas de Bibiloni en su apostilla al 513 de su Anteproyecto, y el inc. 1º del 290 del Proyecto argentino de 1936.

La verdad es que en el parágrafo 1º del 1191 del C. argentino se le ha escapado un error a Vélez Sarsfield al estatuir que: "Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescripta, A NO SER que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley", porque los actos que tuvieren forma prescripta, o se ciñeron a esta forma el acto existirá, o de lo contrario no valdrá, de suerte que siendo así, la excepción del caso de imposibilidad mal puede rezar con ellos, como lo confirma su fuente, el 1942 del Esboço de T. de Freitas, referido a los contratos que pueden otorgarse en instrumento privado. Ver, además, el 1192 inc. 1º del C. argentino.

El inc. 2º de nuestro art. 781 viene inspirado en el inc. 2º del 1192 del C. argentino, e inc. 1º del 2724 del C. italiano, al que nos ceñimos al suprimir la locución: "de su causante o de parte interesada en el asunto", substituyéndola por: "o de su representante", porque tratándose de una obligación contractual exigida por el que demanda su cumplimiento, lógico es que el principio de prueba emane del obligado y no de su causante. La obligación del causante podría emanar de un testamento, acto formal por antonamasia, de suerte que no revistiendo la forma prescripta, sencillamente no valdría ni como principio de prueba por escrito. Lo de "cualquier interesado", autorizaría la intromisión de un extraño ajeno a la relación jurídica de que se tratare. No se comprende que por sus escritos pueda un tercero contribuir a hacer verosímil el hecho litigioso.

El inc. 3º suple una omisión del C. argentino en relación a los actos anulables por incapacidad accidental de sus agentes, o por ignorancia de su incapacidad impuesta por la ley, contemplados en el art. 1047 del C. argentino.

El in fine del inc. 3º autoriza la prueba testimonial cuando la cuestión recayere sobre el carácter ilícito del acto. Bibiloni dice haberlo trasegado del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, mas la verdad es que el inc. 3º del art. 299 de esta obra legislativa, no menciona los actos ilícitos, sino los actos atacados por causa ilícita. Mas siendo éstos actos ilícitos, la designación genérica propuesta por Bibiloni los comprende.

CAPITULO IX

De las presunciones

Art. 782. — Las presunciones son las consecuencias que la ley o que el juez deduce de un hecho conocido para remontarse a un hecho desconocido.

Ver: art. 2727 del C. Italiano.

Art. 783. — Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado.

Ver: art. 1249 C. español; 518 del Anteproyecto de Bibiloni; y parág. 1º del 292 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 784. — Las presunciones legales dispensan de cualquier prueba a aquellos a favor de los cuales se hallan establecidas. Pueden ellas ser destruidas por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohiba.

Contra las presunciones sobre el fundamento de las cuales la ley declara nulos ciertos actos o no admite la acción en juicio, no puede darse prueba contraria, salvo que ésta se encuentre consentida por la misma ley.

Ver: art. 2728 C. italiano; 1352 C. francés; 1958 C. holandés; 2266 C. de Luisiana; 519 del Anteproyecto de Bibiloni; parág. 2º del 292 del Proyecto argentino de 1936; 1251 C. español.

Art. 785. — Las presunciones no establecidas por la ley están libradas al criterio y prudencia del juez, el cual no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes, y sólo en los casos en que estuviere autorizada la prueba de testigos.

Ver: arts. 1353 C. francés; 2729 C. italiano; 1959 C. holandés; 2267 C. de Luisiana; 1253 C. español; 520 del Anteproyecto de Bibiloni; 293 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO X

Del Juramento

Art. 786. — Los jueces no podrán, ni de oficio ni a instancia de parte, librar la decisión de la causa al juramento de los litigantes.

Ver: arts. 528 del Anteproyecto de Bibiloni y 294 del Proyecto argentino de 1936. En su larga apostilla al primero de estos preceptos expresó Bibiloni los más serios reparos a la admisión del juramento decisorio, minuciosamente legislado por los arts. 1358 a 1365 del C. francés; 2736 a 2739 del C. italiano de 1942; y otros volcados en los moldes del primero, por ser un procedimiento vejatorio, y según Alsina, peligroso en cuanto convierte al litigante en juez de su propia causa.
Tampoco Bibiloni y la Comisión argentina de reformas del Código admiten el juramento supletorio sin que el juez haya previamente estimado el monto de la obligación o de los perjuicios no fijados por otros medios de prueba.
Dado que el juramento in litem se halla omitido en nuestra ley de enjuiciamiento civil, a pesar de lo dispuesto en los arts. 1190 inc. 4º y 4018 del C. Civil, prestamos nuestra adhesión a lo esbozado por Bibiloni, como se verá por el artículo que sigue.

Art. 787. — Cuando la sentencia hubiere reconocido derecho al valor de un objeto o al resarcimiento de daños y perjuicios, y, en uno y otro caso, el monto no llegare a establecerse por otro medio, podrá de oficio deferirse al juramento del vencedor, dentro de una cantidad máxima que fijará el juez.

No será permitido deferir dicho juramento al adversario.

Ver: arts. 529 del Anteproyecto de Bibiloni y 295 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 788. — Para deferir el juramento se exige capacidad de disponer de sus bienes en el que lo presta, y que jure personalmente o por medio de mandatario munido de poder especial, sobre hechos personales.

Ver: art. 2737 C. italiano; 530 del Anteproyecto de Bibiloni y 296 del Proyecto de 1936.

CAPITULO XI

De la inspección judicial y de la prueba pericial

Art. 789. — Si los hechos o circunstancias referentes al litigio fueren

susceptible de examen o inspección objetivos, podrá el juez realizarlo personalmente, de oficio o a requerimiento de parte.

Ver: arts. 531 del Anteproyecto de Bibiloni y 297 del Proyecto argentino de 1936. Estos dicen: "examen material" que no parece de mucha propiedad, por lo que preferimos llamarlo "objetivo", dado que en la práctica de tal diligencia cuidará el juez de reservar su opinión para la sentencia.

Art. 790. — Siempre que la apreciación de los hechos controvertidos o las circunstancias del pleito exigieren, para su exacta apreciación, conocimientos científicos, artísticos o prácticos, procederá la prueba pericial, de la que el juez podrá apartarse, fundado en sus propias conclusiones.

Ver: arts 552 y 533 de Bibiloni y 298 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO XII

De la cosa juzgada

Art. 791. — La sentencia substancial o de fondo pasada en autoridad de cosa juzgada, por la que, en virtud de la voluntad concreta de la ley afirmada en ella sobre la cuestión debatida en el litigio, se garantiza a alguien un bien de la vida, rige dentro y fuera del juicio, definitiva, imperativa y ejecutivamente las relaciones jurídicas controvertidas por las partes sin que dicha cuestión pueda ser renovada.

Ver: Chiovenda, opus cit. t. II, parág. 78, pág. 412 y ss.; Carnelutti, opus cit. t. I, Nºs 91 al 107, pág. 316 y ss.; Cromo, **Manuale del Diritto Civile Francese**, di Zachariae von Lingenthal, versión de Barassi, t. I, parág. 153, pág. 408 y ss.; Fothier, **Oeuvres**, t. II, **Traité des Obligations**, Nº 851, pág. 453, 2ª edición; Toullier, opus cit. t. X, Nº 95, pág. 150, edición 1824; Duranton, t. XIII, Nº 451, pág. 456, 4ª edición; Larombiere, opus cit. t. V, sobre el art. 1351, Nº 15, pág. 210; Laurent, t. XX, Nº 23, pág. 31 y ss.; sobre la regla romana: **Res judicata dicitur quae finem controversiarum pronunciatione judicis accipit, quod vel condemnatione vel absolutione contingit, L. I, de Re judicata**; Windscheid, **Diritto delle Pandette**, y notas de Fadda y Bensa, t. I, parág. 129, pág. 443 y ss.; Savigny, **Sistema**, t. V, parágs. CCLXXXIV pág. 184, y ss.; Giorgi, **Teoría de las Obligaciones**, t. I, Nº 424, pág. 477; Coviello, **Manuale di Diritto Civile Italiano, Parte Generale**, parág. 181, pág. 553 y ss.; Demolombe, t. XXX, Nº 296 y ss., pág. 271 etc. Aunque la cosa juzgada no es un acto jurídico, obra de la voluntad privada, ni es tampoco un acto de voluntad del juez, sino un acto de su mente, un juicio lógico, un silogismo, del cual la premisa mayor es la norma legal, la menor el hecho concreto, o sea la relación controvertida, y a la conclusión la aplicación de la norma al hecho, según así apunta Coviello; ni es hoy lo que en Roma fue, una mera excepción o medio procesal destinado a paralizar la acción, como enseña Demolombe, convienen las autoridades del Derecho civil de la Europa central y los pandectistas germanos, en considerarla como perteneciente al derecho substancial, tal como lo advierte Chiovenda, porque aun cuando por su regla general la sentencia pronuncia la absolución o la condena, casos hay que en que viene a ser un acto de voluntad en cuanto se reduce a afirmar una determinada relación jurídica.

Explícase así que viniendo Bibiloni a fundar el art. 534 de su Anteproyecto y siguiendo en este punto inspiraciones de Savigny, distinga dos efectos de la sentencia: 1º el que se refiere a su ejecución, regidos por las leyes de forma; y 2º el relativo a los derechos y relaciones jurídicas en litigio, que ella afecta profundamente, regidos por las leyes civiles (ver autor y opus cits. t. I, pág. 184, edición Kraft).

Plausible es la iniciativa de Bibiloni de traer al Cóódigo Civil las normas rectoras de la cosa juzgada, ausentes en el Código de Vélez Sarsfiel, a la que nosotros prestamos adhesión, siquiera sin ceñirnos muy fielmente a su esbozo. Juzga él, siempre guiado por Savigny y no menos por Demolombe, que, para saber si hay cosa juzgada sólo se debe atender si hay o no la "eadem questio" entre las dos acciones deducidas, la primera ya juzgada y la segunda para renovarla, y concluye que si esta es semejante a la primera, será inútil, y si contradictoria con ella, haría imposible la ejecución de la una y de la otra. Aun conviniendo con esta doctrina, desde que la identidad de personas no es condición de la cosa juzgada, porque puede ésta existir también respecto de personas que no fueron parte en el litigio, debemos explicar nuestro art. 791 en lo que tiene de doctrinal.

1) No toda sentencia contra la cual no cabe ningún recurso, puede revestir los atributos de la cosa juzgada. Debe ella ser, como enseña Chiovenda, "substancial o de fondo", entendidas por tales aquellas que contienen en sí misma la preclusión de cualquier cuestión futura, como base práctica de la eficacia de la sentencia. (La palabra preclusión, ajena al castellano, es un latinismo conservado en el idioma italiano, para connotar una acción impeditiva o interruptiva de la ejercida por el actor, tales como la de prescripción, pago, transacción etc.).

Siendo así lo substancial, propio de la cosa juzgada, viene de su obligatoriedad en los juicios futuros razón

por la cual presupone la cosa juzgada formal o sea el pronunciamiento, expreso o tácito, acerca de las impugnaciones preclusivas, diremos, si se permite esta expresión.
II) La sentencia, como ya lo hemos dicho, no es un acto jurídico, voluntario, emanado de un querer del juez, quien, por razón de su ministerio, nada puede querer en juicio que proceda de su alberdrío, sino sólo vivificar la norma concreta aplicable a la cuestión controvertida en el litigio, como condición de la indiscutibilidad del juicio lógico de sus conclusiones. Viene de aquí que por lo común se vea en la sentencia una "verdad formal", una "presunción de verdad", siquiera la cosa juzgada no haga referencia a la verdad de los hechos, sino sólo a la existencia de una voluntad de la ley, aplicada al caso concreto.
III) La ley aplicada por el juez debe ser de fondo o sea aquella por la que el Estado garantiza a los particulares un bien de la vida, porque sólo así la cosa juzgada será substancial por oposición a la meramente formal, caracterizada la primera por su trascendencia fuera del juicio, y la segunda por limitar su efecto a la relación procesal para la cual se ha producido.
IV) La cosa juzgada así concebida rige definitiva, imperativa y ejecutivamente las relaciones jurídicas controvertidas por las partes, dentro y fuera del juicio. La obligatoriedad de la sentencia procede de su naturaleza substancial, la cual trasciende a los procesos futuros sobre la misma cuestión, en cuanto excluye no sólo una decisión contraria, sino también una nueva decisión sobre lo que ya ha sido juzgado. Tal es la función negativa de la cosa juzgada como excepción, que puede ser opuesta por ambas partes, dado que la cosa juzgada se produce entre ellas.
Bien dice Coviello que la imperatividad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en virtud de la cual no es posible reexaminar la cuestión ya decidida, aunque la decisión sea errónea o injusta, no se funda en esa ficción, ni en esa presunción de verdad, sino en la exigencia social contraria a la perpetuidad de la litis y favorable a que el derecho obtenido bajo la tutela del Estado sea estable y cierto (autor y opus cits. pág. 555).
La ejecutividad de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada corresponde a la actio judicati del vencedor, traducida en el derecho a dar cumplimiento manu militari a la decisión del juez, una vez agotado todo recurso de apelación ante el superior.

Art. 792. — Los efectos de la cosa juzgada se extienden a los sucesores universales de las partes y también a sus sucesores a título singular en virtud de un título que hubiese adquirido eficacia respecto de terceros después de iniciada la demanda o de los que, en igual caso, detentaren la cosa litigiosa, todo sin perjuicio de las reglas que amparan la buena fe.
Las sentencias constitutivas producen sus efectos respecto de terceros.

Ver: arts. 535 del Anteproyecto de Bibiloni; 300 del Proyecto argentino de 1936; Savigny, t. V, parág. CCCI pág. 293 y ss.; Windscheid, opus cit. t. I, parág. 130, texto y nota 5, pág. 449; Marcadé, t. V, sobre el art. 1351, Nº XI, pág. 188; Huc, t. VIII, Nº 314, pág. 400; Durantón, t. XIII, Nº 506, pág. 511; Aubry y Rau, t. XII, parág. 769, b, pág. 407, 5ª edición; Colmet de Santerre, t. V, 328 bis, XVII, pág. 611. Todas estas autoridades sostienen que la cosa juzgada contra el autor es oponible a su sucesor a título singular, fundados en el efecto declarativo de las decisiones judiciales, que remonta al día de la demanda. Entienden éllos que el sucesor a título singular ha sido representado por su autor, cuando el título de adquisición es posterior a la introducción de la demanda. La sentencia dictada en semejante caso, dicen Aubry y Rau, sea a favor o en contra de su autor, tiene a su respecto la autoridad de la cosa juzgada. Es así cómo una sentencia recaída sobre una acción reivindicatoria promovida contra el vendedor o el donante, que declarase al actor propietario del inmueble, es oponible al adquirente o al donatario cuyo título de venta o de donación no ha sido inscripto sino después de la promoción de la demanda.
En contra: Demolombe, t. XXX, Nº 352 y 353 y ss. Sostiene este autor que el sucesor a título singular no puede ser considerado como habiente causa de su autor después que éste le ha transmitido un derecho real, en adelante independiente de su hecho. Después del contrato, el interés pertenece al sucesor, al comprador. Y no es admisible que este interés, que es el suyo, haya podido ser comprometido por su autor, quien respecto de los actos posteriores al contrato, ha dejado de representarle. Siendo así, la cosa juzgada no puede serle opuesta al sucesor a título singular.
A análoga conclusión llega Coviello, pero por aplicación del art. 439 del Código italiano de 1865, hoy art. 948 del Código de 1942, según el cual, si durante el juicio reivindicatorio el demandado, por hecho propio, hubiese cesado o dejado de poseer o detentar la cosa reivindicada, queda obligado a recuperar a su propia costa su posesión para el actor, o en su defecto, a abonarle su valor, además de resarcirle el daño. Si el propietario consigue directamente del nuevo poseedor o detentador la restitución de la cosa, estará obligado a restituir al anterior poseedor o detentador la suma recibida en lugar de ella, de donde se sigue, dice Coviello, que los efectos de la sentencia favorable al reivindicante no se extienden contra el que había adquirido la cosa del demandado durante el juicio (ver autor y opus cits. pág. 563 y Messineo, opus cit. t. III, parág. 85, c), pág. 366).
Como se ve, nada hay tan discutido como la extensión de la cosa juzgada respecto de los sucesores a título singular. Dado que cada sistema se funda en consideraciones respetables, sólo cabe optar por uno de ellos. Nuestro artículo 792, trasegado del 535 del Anteproyecto de Bibiloni reposa en las siguientes consideraciones con que él abona el suyo: "Deducida la acción, el derecho está ejercido. Si existe, hay que ampararlo. La necesidad de oir la defensa y recibir sus pruebas, causa dilaciones. Las partes, actora o demandada conociendo los elementos que la contraria posee y el riesgo de perder el litigio, puede burlar el derecho de su adversario, enajenando la cosa o derecho controvertido y desaparecer de la instancia. Si la ley no previera algún modo de salvar ese peligro, no habría defensa posible. Toda persona, precisamente porque su derecho es inconvertible quedaría despojada de lo que es suyo. El derecho romano proveía a esa necesidad de amparo estableciendo la prohibición de enajenar la cosa litigiosa y el derecho español lo imitaba.
"No se ha considerado necesario ese medio. Se ha permitido la disposición de los bienes reclamados en juicio. Pero la consecuencia de esa libertad, es la de que lo que era litigioso, sigue siéndolo, y que lo enajenado, sometido a la jurisdicción de un juez, sometido queda en poder del adquirente" (ver autor y opus cit. t. I, pág. 188 y 189, edición Kraft).
Mas el art. 2774 del C. argentino, según el cual: "La acción (reivindicatoria no compete al que no tenga el derecho de poseer la cosa al tiempo de la demanda, aunque viniese a tenerlo al tiempo de la sentencia, ni al que no tenga al tiempo de la sentencia derecho de poseer, aunque lo hubiere tenido al comenzar la acción", nos ofrece uno de los casos en que la cosa juzgada produce efectos respecto del sucesor a título singular en virtud de un título que hubiere adquirido eficacia después de iniciada la demanda. Así, si después de promovida la acción reivindicatoria contra el detentador actual de la cosa, cediese el demandado sus derechos a la posesión a un tercero, verbi gratia, en pago de una deuda, vendría el cesionario a ocupar en el juicio su lugar en la medida en que el actor, notificado de la cesión, lo haya permitido, y en consecuencia la relación procesal se establecería entre el substituto y la parte contraria, con prescindencia de la intervención del

titular del derecho, siquiera no por eso quede este excluido en absoluto del proceso, porque como enseña Alsina, la substitución no afecta la situación de los sujetos de la litis. Esto explica, agrega nuestro autor, dos consecuencias de la substitución que se advierten en la relación procesal: 1º El substituto no puede ejercer todos los actos del proceso, pues hay algunos de ellos a los que la ley substancial sólo atribuye eficacia cuando emanan del titular del derecho (confesión, reconocimiento de firma, renuncia de la acción etc.); 2º la sentencia que se dicte en el proceso no sólo produce cosa juzgada respecto del substituto, sino que también beneficia o perjudica al substituído, porque aun cuando la persona física no es la misma, hay identidad de sujetos". (ver autor y opus cits. t. I, Nº 10, pág. 582, 2ª edición). Tal es uno de los efectos de la litisconsorcio que dice Chiovenda y ahora se repite en el leguaje del Derecho procesal.
Si siendo el sucesor a título singular del demandado adquirente de buena fe, tendrá derecho a ser indemnizado por su autor por los daños y perjuicios que sufriere por efecto de la sentencia (ver: Chiovenda, opus art. t. II, parág. 36, pág. 30 y t. II, pág. 600 y ss., y Ferrara, La Simulación de los negocios jurídicos, pág. 438).
Sobre el in fine, ver: art. 539 del Anteproyecto de Bibiloni y 301 del Proyecto argentino de 1936
Lo que es esencial de las sentencias constitutivas, dice Chiovenda, es la producción de un estado jurídico que antes de la sentencia no existía. Ellas obran normalmente ex nunc cuando tienen valor de cosa juzgada. Excepcionalmente obran ex tunc con efectos retroactivo, unas veces al momento del pronunciamiento no definitivo, (sentencias de intedicción), otras al tiempo de la demanda judicial (sentencia de separación de bienes entre esposos), y a veces al momento del nacimiento del estado jurídico que ahora cesa (sentencia de indignidad del heredero que deja de serlo en esta cualidad).
Agrega Chiovenda que según que el derecho que da lugar al juicio tienda a la producción de un nuevo estado jurídico o a la cesación de un estado jurídico, se tienen:
a) sentencias constitutivas que producen un estado jurídico nuevo, como por ejemplo las que constituyen una servidumbre de acueducto forzoso o de conducción eléctrica; y otras semejantes.
b) Sentencias constitutivas que producen la extinción de un estado jurídico existente, como por ejemplo las de separación personal entre esposos; de declaración de indignidad; de reducción de las disposiciones testamentarias; de separación de bienes entre esposos; de división o disolución de la comunidad etc. (autor y opus cits. t. I, parág. VIII. pág. 210 y ss.: Carnelutti, opus cit. t. I, pág. 340; Alsina, t. II, d), pág. 575).
Señala Bibiloni. como ejemplos de sentencias constitutivas, las dictadas por el juez para fijar el día presuntivo del fallecimiento del ausente, art. 116 C. argentino; para dar la posesión definitiva de sus bienes a sus herederos, art. 122; para someter a interdicción al enajenado mental, art. 142; para denegar la separación voluntaria de los esposos, art 66 de la L. de M. Civil (abrogado por este Código) o para declarar nulo de nulidad absoluta los matrimonios celebrados en infracción de los incisos 1º, 2º, 3º, 5º y 6º de la Ley de Matrimonio Civil, art. 84 de dicha ley.
Como sentencias que producen efectos respecto de terceros, señala la que se dicta para decidir la acción confesoria de varios poseedores de inmuebles, con derecho a poseer, impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, las cuales perjudican o aprovechan a todos respecto a su efecto principal, mas no respecto a su efecto accesorio de la indemnización del daño, art. 2799 C. argentino; la sentencia obtenida por el usufructuario en el juicio petitorio o en el posesorio, la cual aprovecha al nudo propietario, art. 2877 de dicho Código; idem la dictada en el pleito ganado por el usufructuario sobre la plena propiedad, caso en el cual los gastos no reembolsados deben ser soportados por el nudo propietario, art. 2909; la sentencia dictada en el juicio promovido por uno de los copropietarios de los predios dominantes de una servidumbre, la cual aprovecha a los otros condóminos, art. 3005; la sentencia dictada a instancia del que tenga algún interés en la sucesión, como legatario o acreedor, por la que haya sido declarado heredero, la cual produce efectos respecto de los demás acreedores o legatarios, sin necesidad de nuevo juicio, art. 3332 C. argentino (ver autor y opus cits. t. I, pág. 189).

Art. 793. — Los terceros a quienes perjudicaren los efectos de una sentencia obtenida mediante una colusión fraudulenta de las partes que intervinieron en el litigio en que ella fue dictada, pueden demandar su revocación por la acción pauliana si concurren sus condiciones, o por la acción de simulación cuando proceda.

Ver: art. 537 del Anteproyecto de Bibiloni y 302 del Proyecto argentino de 1936.
En el Derecho francés recibe el nombre de tierce opposition la oposición que una persona dirige contra una sentencia cuya ejecución le es perjudicial, para dejarla sin efecto, fundada en que el que ejerce la acción es tercero en relación a la sentencia, la cual es para él res inter alios acta. (Mercadé, t. V sobre el art. 1351, Nº XIV, pág. 200).
Un marido mal avenido con su esposa, resuelto a abandonarla, puesto en colusión con un cómplice, suscribe a su favor y a sola firma un pagaré que por su monto excede en mucho el activo patrimonial de la comunidad de bienes gananciales de la pareja, en virtud del cual, el simulado acreedor embarga todos los bienes comunes de ambos con mira a ejecutar la letra. La sentencia que llegara a dictarse en este juicio en favor de dicho acreedor, perjudicaría a la esposa abandonada. Como ella es tercero y la sentencia es res inter alios acta, puede atacar la sentencia, la que aun siendo sincera, ha sido obtenida al favor de una colusión fraudulenta de las partes en el litigio, sobre todo porque estándole por nuestra Ley Nº 236 prohibido al marido, como administrador legal de la comunidad, cumplir actos irregulares de administración, art. 33, como la suscripción a sola firma de obligaciones que por su ejecución forzada pueden conducir a la venta de todos los bienes de la comunidad, tales obligaciones son nulas. Los contratos no pueden perjudicar a terceros, art. 1195 in fine C. argentino. Otro tanto ocurre en Derecho francés. Así, Demolombe, enseña que el tercero puede atacar la sentencia no sólo por colusión fraudulenta de su deudor y su pretendido adversario, en virtud del art. 474 del C. francés de procedimientos, sino también por aplicación del art. 1167 del Código de Napoleón, según el cual los acreedores pueden impugnar los actos ejecutados por su deudor en fraude de su derecho. En este caso la acción sería de nulidad (ver autor y opus cit. t. XXX, Nº 357, pág. 339) E igual doctrina enseñan Aubry y Pau, t. XII, parág. 769, II, letra c, pág. 408, 5ª edición; Larombiere, t. V, sobre el art. 1351, Nº 115, pág. 298; Laurent. t. XX, Nº 103, pág. 129; Huc, t. VIII, Nº 314, pág. 400, etc.

Art. 794. — Los laudos arbitrales producen entre las partes, y sus sucesores, los mismos efectos que las sentencias judiciales. No podrán, en caso alguno, ser opuestos a terceros.

Ver: art. 538 del Anteproyecto de Bibiloni y 303 del Proyecto argentino de 1936.

SECCION SEGUNDA

TITULO I

DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

CAPITULO I

Disposiciones preliminares

Art. 795. — La obligación es la relación de derecho en virtud de la cual el acreedor, puede constreñir al deudor a cumplir a su favor una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer. No se la presume. Debe ella emanar de una disposición concreta de la ley, o de hechos jurídicos lícitos o ilícitos, o de actos jurídicos, unilaterales o bilaterales, celebrados con arreglo a la ley.

Los códigos no dicen qué sea la obligación, acaso por el temor de insertar en ellos definiciones de carácter dogmático, consideradas impropias del ordenamiento jurídico. No compartiendo este punto de vista, nuestro art. 795 la define en términos aproximados a las dos clásicas atribuídas a Justiniano y a Paulo. Atribuídas decimos, porque viniendo Albertario sobre la invectiva de Perozi a la definición de Paulo —a la cual llama "transformación infeliz hecha por los compiladores de la definición de **actio in personam**, dada por los clásicos"— sostiene que no habiendo nunca ningún jurista romano definido la obligación, las dos definiciones contenidas en la compilación justiniana, no son romanas. El Derecho romano clásico no conoció el concepto de obligatio, como tampoco existió el concepto general de **servitus**, porque no todo **vinculum iuris**, en virtud del cual alguno era **adstrictus** hacia otro **ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum**, era **obligatio**, si no nacía de **delictum** o de **contractus**. El Derecho romano clásico sólo conoció típicas, determinadas, individuales figuras de **obligationes**, pero no concibió el contrato, como noción genérica, tal cual lo estructuró el Derecho moderno. Esas definiciones son postclásicas o justinianeas. Perozi, Pacchioni y Albertario reconocen en el texto atribuido a Paulo que los singulares **faciat** y **obstringat** son irregulares y que las palabras **aut servitutem** podrían ser una interpolación o un error de amanuense. Agrega Albertario que la **obligatio** de Paulo que **obstringit ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum**, contradice al texto de Justinianeo que junta la **obligatio ad dare facere praestare oportere**, esto es al **ius civile**. Mas feliz es la definición de Justiniano. (ver Albertario, Studi di Diritto Romano, t. III, Obbligazioni, pág. 3 y ss.; y Perozzi, **Instituzioni di Diritto Romano**).

Cuanto a las fuentes, relegamos a la historia las tres señaladas por Gayo, reverdecida por Pothier con el agregado de dos más: los contratos, los cuasi contratos, los delitos, los cuasi delitos y la ley, y nos ceñimos a la clasificación racional de ellas expuesta por Bonnecase que puede verse reproducida en el Nº 135 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

No nos satisfacen en este punto los arts. 1015 y 1016 del Anteproyecto de Bibiloni y 567 del Proyecto argentino de 1936, que, sin definir la obligación, la describen. Nos acercamos al art. 1173 del C. Italiano de 1942.

Art. 796. — La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y corresponder a un interés personal, aun cuando no sea patrimonial, del acreedor.

Ver: art. 1174 C. italiano; sin antecedente en el Código abrogado, ni en el Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, ni en el Anteproyecto de Bibiloni, ni en el Proyecto argentino de 1936. En estos últimos fueron omitidos los arts. 953 y 1169 del C. argentino, según los cuales: 1º) el objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio, y, naturalmente, valuables en dinero; y 2º) la prestación, objeto de un contrato, puede consistir en la entrega de una cosa, o en el cumplimiento de un hecho positivo o negativo **susceptible de una apreciación pecuniaria**. Siguiendo en este punto inspiraciones de Aubry y Rau, agregó Vélez Sarsfield en su apostilla a este último precepto lo que decía la Ley Romana: **ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui prestarique possunt**, de suerte que, por aplicación de esta regla, si la prestación objeto de un contrato, aunque susceptible en sí de apreciación pecuniaria, no presentaba para el acreedor ninguna ventaja apreciable en dinero, no estaría éste autorizado a pedir la ejecución de la promesa hecha. Un simple interés de afección no sería suficiente para darle una acción, a menos que la estipulación determinada por tal móvil, no hubiese tenido al mismo tiempo por fin el cumplimiento de un deber moral (autores y opus cits. t. IV, parág. 344, texto y nota 1, bis, pág. 532, 5ª edición; Colmet de Santerre, t. V, Nºs 40 y 41, pág. 50; Larombiere, t. I, sobre el art. 1127, pág. 190; Laurent, t. XVI, Nº 74, pág. 103; Huc, t. VII, Nº 63, pág. 90; Busnoir, **Propriété et Contrat, Leçon XXXVI**, pág. 510; Demolombe, t. XXIV, Nºs 299 y 302, pág. 277 y ss.; Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. I. nº 243, pág. 295; Pothier, **Oeuvres**, t. II, **Obligations**, nº 136 y 139, pág, pág. 65.2— edición; Savigny, **Le Droit des Obligations**, t. I, pág. 12, versión de G. y Jacen) Más esta concepción del objeto de las obligaciones contractuales, si conforme con el Derecho tradicional inspirado en el Derecho Romano, ha sufrido una enmienda desde que Windscheid y von Ihering impugnaron la doctrina de la escuela histórica afirmativa del valor patrimonial de la prestación obligatoria, como condición de su exigibilidad, tal como lo hemos explicado en el nº 73 de nuestro Tratado de las Obligaciones (ver Windscheid, t. II, parágrafo 250, texto y nota 3 de Fadda y Bensa, pág. 4; Ihering, **Oeuvres Choisies**, t. II, pág. 147 y ss.; t. I, pág. 59 de nuestro Tratado de las Obligaciones).

Explícase así que en el propio Derecho francés nieguen Colin y Capitant que un interés moral del acreedor en la prestación prometida por su deudor no sea suficiente para hacer nacer una obligación; ni que jamás una decisión de la jurisprudencia haya decidido lo contrario, dado que por no existir en el C. fran-

cés precepto alguno que subordine la fuerza de la obligación el valor patrimonial de la prestación, debe la voluntad de las partes ser respetada desde el momento que no viola ni el orden público ni las buenas costumbres (ver actores cits. Curso Elemental de Derecho Civil, t. III, Teoría General de las Obligaciones, pág. 587, versión castellana de De Buen).
Por su parte, Demogue ha evidenciado de cómo la concepción patrimonial de la prestación obligatoria ha perdido terreno en la hora actual, tanto que aun los adictos a esta idea, como Dernburg, Endemann y Kolher, entre los pandectistas del Derecho alemán, han debido admitir que la obligación modal puede dar lugar a un contrato cede que indirectamente pueda traducirse en un interés pecuniario, como sería la promesa de dar una lección de lengua extranjera, o ejecutar una pieza de música etc. El mismo Giorgi, sostenedor de la doctrina tradicional, admite que ciertas veces las prestaciones no valuables en dinero, forman sujeto de obligaciones en sentido impropio, es decir, de deberes exigibles civilmente, pero con medios y efectos distintos de las obligaciones en sentido propio, como por ejemplo, la obligación que tienen los esposos de prestarse recíprocamente cohabitación, fidelidad y asistencia (autor y opus cit. t. IV, Nº 177, pág. 177).
Saleilles no podía callar en esta materia. Glosando el art. 241 del C. alemán, en el que se omitió toda referencia al valor patrimonial de la prestación obligatoria, menciona la validez de la estipulación en favor de otro consagrada por el art. 504 del C. argentino, como un típico ejemplo de validez de la obligación, aun cuando el estipulante no tenga ningún interés personal, sino un interés moral en favor de otro (ver autor cit. Etude sur la Theorie Generale de l'Obligation, Nº 8, pág. 7 y Demogue, Des Obligations en general — Les Sources, t. II, Nº 759, pág. 642).
Josserand soslayó esta materia (ver Cours de Droit Civil Positif Français, t. II, Nºs 112 a 125, pág. 52 y ss.). Mas Gaudemet no ocultó su parecer favorable a la suficiencia de un interés moral para convalidar una obligación contractual (ver Théorie Générale des Obligations, pág. 89).
Rendido el legislador italiano a la evidencia de que el interés del acreedor puede ser sólo moral para exigir de su deudor el cumplimiento de una prestación susceptible de valoración económica, así lo decidió por el art. 1174 del Código de 1942. Así, en el contrato de edición, puede el interés del autor no ser de naturaleza patrimonial (Messineo, opus cit. t. IV, pág. 54).
Nuestro art. 796 traslego del 1174 de dicho Código, comprende dos partes: 1º) la prestación obligatoria debe siempre ser valuable en dinero; y 2º) el interés del acreedor en su cumplimiento puede ser meramente moral o de alta idealidad, sin que por ello la fuerza de la obligación se perjudique. Si la prestación no es susceptible de valuación económica, no podría actuar la coacción jurídica en caso de incumplimiento. (ver Colagrosso, Il Libro delle Obbligazioni, Parte Generale, pág. 11 y D'Amelio y Finzi, Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, t. I, pág. 11 y ss.).

Art. 797. — El deudor y el acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección y la buena fe.

Ver: arts. 1175 y 1358 C. italiano. Mira este precepto, sin antecedentes en el Código italiano abrogado, ni en el argentino, ni en el Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos, a advertir a acreedor y deudor el deber de comportarse en la esfera contractual sin incurrir en el ejercicio abusivo de su derecho, o sea de abstenerse de usar medios no autorizados en su demanda o su defensa, exclusivamente inspirados en la intención de ocasionar daño al adversario, tal como lo preceptúan los arts. 699 de este Código para la legítima tutela del interés propio.
La corrección que dice nuestro artículo no es, como enseña Colagrosso, un genérico deber de conducta moral sino un deber jurídico calificado impuesto por la solidaridad social al favor de la cual es posible encontrar solución al conflicto de los intereses contrapuestos de las partes en litigio. (ver autor y opus cits. Parte General, pág. 13).
El acreedor garantizado por el privilegio de su crédito y por un activo patrimonial de su deudor muy superior a su pasivo, que sin otro interés que el de perjudicarle pide su quiebra por no haber podido pagar una letra vencida a su cargo, no se comporta según las reglas de la corrección. Y correlativamente, el deudor que a sabiendas de no tener legítimo derecho a incidentar la correcta pretensión de su acreedor, recurre a la chicana, no sólo falta al deber jurídico impuesto por nuestro art. 796, sino que además procede de mala fe.
En las obligaciones de dar, el deudor que no agota las diligencias necesarias para la entrega de la cosa, en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo que el juez designare, cuando no hubiere estipulación expresa, infringe el deber jurídico de la corrección y se hace pasible de daños y perjuicios, como lo estatuye el art. 576 del C. argentino.
En la misma medida el obligado a hacer o a prestar algún servicio que no ejecuta el hecho en un tiempo propio, y del modo en que fue la común intención de las partes que el hecho se ejecutara, también falta al deber de la corrección contractual y se hace pasible de la sanción de los arts. 625, 628 y 741 del citado Código. La mala fe resultará de la prueba de haber alterado a sabiendas a la obligación contraída.

CAPITULO II

Del cumplimiento de las obligaciones

Art. 798. — Al cumplir la obligación debe el deudor observar la diligencia exigida por la naturaleza de ella y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercida.

Ver: arts. 1176 C. italiano; 1137 C. francés; 576 C. argentino; 1077 del Anteproyecto de Bibiloni; 612 del Proyecto argentino de 1936; 900 inc. 1º del Esboço de. T. de Freitas; 97 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1094 C. español; 1902 C. de Luisiana; 1334 C. uruguayo.
Nos apartamos en este punto de la sistemática del C. argentino y del Anteproyecto de Bibiloni e igualmente del Proyecto argentino de 1936. Estos, en efecto, tratan en sus arts. 1017 de Bibiloni y 568 del

Proyecto, de los derechos que al acreedor confiere la obligación respecto del deudor, y, en los artículos siguientes, de la responsabilidad del deudor por dolo o culpa, y por simple mora, y de su irresponsabilidad por caso fortuito y fuerza mayor, siguiendo el orden de los arts. 505 a 514 del C. de Vélez Sarsfield, sin haber antes legislado sobre el cumplimiento de las obligaciones, que lógicamente debe preceder a las normas relativas al incumplimiento, tal como lo estatuye el C. italiano de 1942.
En cuanto a la medida de la diligencia que según el art. 1176 del C. italiano es la clásica del buen padre de familia, optamos por la noción más concreta del art. 512 del C. argentino, análoga a la de la primera parte del art. 1104 del C. español, por las razones expuestas en el Nº 764 de nuestro Tratado de las Obligaciones. La diligencia del buen padre de familia es abstracta, la que, según la clasificación del Digesto, cuando no es observada induce culpa leve que es aquélla que la persona no comete en sus propios asuntos y consiste en no entender lo que entendería un homo diligens, un studiosus o bonus pater familias. Ella es prestada en la venta, en la locación, la dote, la prenda y la sociedad, contratos concluidos en el interés de las dos partes.
Los compiladores del C. italiano de 1942 han abandonado el criterio de la diligencia quam in suis sancionada para el depósito por el art. 1843 del C. italiano de 1865, análogo al art. 2202 del C. argentino, y abrogaron el parágrafo 2º del 1224 del Código anterior según el cual: la regla consagrada por su primera parte relativa a la diligencia del buen padre de familia "debe aplicarse con mayor o menor rigor, según la norma contenida para ciertos casos en este Código".
La segunda parte de nuestro art. 798 es coherente con la primera en cuanto permite al juez valorar la culpa imputada al médico, al abogado, al arquitecto, no según un tipo abstracto de comparación, sino de acuerdo con la naturaleza del servicio profesional de que se trata.

Art. 799. — La obligación de entregar una cosa determinada incluye la de cuidarla hasta su tradición o transferencia de su posesión al acreedor.

Ver: arts. 1177 C. italiano; 1136 C. francés; 576 y 1408 C. argentino; 88 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1077 del Anteproyecto de Bibiloni; 612 del Proyecto argentino de 1935; 1901 C. de Luisiana; 1094 C. español; 1334 C. uruguayo; 1265 C. venezolano; 1671 C. chileno.
No se trata en este caso de la custodia-deber del depositario, sino de una custodia en función de la actividad debida para cumplir la prestación, objeto de la obligación.
Alterando un tanto el texto del modelo, decimos "tradición" respecto de la cosa cierta que debe entregarse.
Para excusar su responsabilidad deberá el deudor probar el caso fortuito o el hecho de un tercero.
La carga de la custodia cesa desde que el acreedor se halle en mora.
La obligación de custodiar puede derivar, con igual eficacia, tanto de un vínculo contractual, cuanto de una relación obligatoria extracontractual, sea en uno y otro caso, real o personal. Ella incumbe al vendedor (1409 C. argentino); al permutante (1492 ibidem), al donante (1815, 1816 y 1833 ibidem), al locador (1514 ibidem); al mandatario (arts. 1909 y 1911 ibidem), al usufructuario (arts. 2881 y 2902 ibidem), contra el vencido en el juicio reivindicatorio (arts. 2788 y 2794 ibidem).
La obligación de custodiar sólo rige con las obligaciones de dar cosas ciertas (species), no con las prestaciones de genus, porque no siendo determinada ni identificada la cosa, que debe consignarse, mal puede concebirse una obligación de custodia.

Art. 800. — Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosas sólo determinadas por su género, el deudor debe entregar cosas de calidad no inferior a la media.

Ver: arts. 1178 C. italiano de 1942; 1248 del Código de 1865; 602 del C. argentino; 913 del Esboço del T. de Freitas; 3756 C. argentino; 1246 C. francés; 1633 C. de Luisiana; 1827 C. portugués; 875 C. brasileño; 243 C. alemán; 1167 C. español; 71 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1361 C. uruguayo; 1509 C. chileno; 1566 C. colombiano; 1565 C. ecuatoriano; 1922 C. nicaraguense; 1176 C. peruano; 1085 del Anteproyecto de Bibiloni; 619 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 180 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 209 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
Como este precepto no altera lo estatuído por el art. 602 del C. argentino poco o nada es lo que tenemos que agregar a lo que dejamos explicado acerca de las obligaciones de dar un genus en los Nºs 991 a 996 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 801. — El que esté obligado a dar una garantía, sin que se hayan determinado el modo ni la forma, puede prestar a su elección una garantía idónea real o personal o bien otra seguridad suficiente.

Ver: arts. 1179 C. italiano de 1942; 1922 del idem abrogado.
Viniendo Pothier a tratar de si la persona obligada a dar una fianza (caution) puede ser admitido a substituirla por una prenda (gage) suficiente para responder de la deuda, enseña, contra la máxima romana: Aliud pro alio invito creditori solvi non potest, según la cual el acreedor no está obligado a recibir prendas, que debe permitirse al deudor de una caución, dar prendas en lugar de ella, cuando le es imposible dar la caución; porque no teniendo aquél a quien se la debe otro interés que el de obtener una seguridad, que puede haberla en la prenda, tanto o más de lo suficiente, sería su rechazo sólo manifestación de su mal humor, si la que se le ofrece por prenda puede guardarse sin ningún embarazo, ni ningún peligro. Nos remite Pothier a la autoridad de Basnage. (ver Oeuvres, t. II, Obligations, Nº 392, pág. 212, 2ª edición). Esta doctrina fue trasegada al art. 2041 del C. francés, y de éste al 1922 del C. italiano de 1865, ya abrogado, según los cuales "Al que no puede encontrar un fiador, se le admite que dé en su lugar una prenda de suficiente garantía".
Mas bajo la influencia del art. 2337 del C. chileno, inspirado, sin duda, en Zachariae (t. V, parág. 757, nota 1, pág. 59) según el cual "no se puede ver una fianza en el acto por el cual se constituye una prenda o una hipoteca en garantía de la deuda de un tercero"; coincidente con lo enseñado por Duranton (t. XVIII, Nº 296, pág. 291) y Troplong (Du Nantissement, du Gage et de L'Antichrese, Nº 38, pág. 38), estatuyó Vélez Sarsfield por el art. 1999 de su Código que: "El obligado a dar una fianza, no puede substituir a ella una prenda o hipoteca, y recíprocamente, contra la voluntad del acreedor".
Esta norma, dispone el art. 2000, no rige cuando es de ley o judicial.
Los compiladores del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos no se avinieron a reconocer al deudor de una fianza convencional la facultas solutionis del art. 2041 del C. francés y del 1922 del C. italiano de 1865, por lo que estatuyeron por su art. 715 que: El deudor obligado a dar una fianza sólo puede ofrecer una persona capaz de obligarse y que posea bienes suficientes para responder de la obligación y cuyo domicilio se halle situado en la jurisdicción del tribunal donde la fianza debe darse".

Apartándose esta vez de esta obra legislativa, los redactores del C. italiano de 1942, sancionaron el principio de la **equivalencia de la forma de garantía**, dejando librada a la facultad del deudor el prestarla en forma personal o real, o de otro modo, con tal que sea idónea.

Se ha abandonado así el sistema romano de la preferencia de la garantía personal a la real, malgrado el aserto de Pomponio según el cual: "plus est cautionis in re quam in persona", y también el consagrado por el art. 232 del C. alemán, según el cual la constitución de una fianza conveniente sólo se admitirá cuando no pueda prestarse la seguridad o garantía real en cualquiera de las formas señaladas en el mismo artículo.

Harto se explica que por equivalencia de las formas personal y real de garantía venga el legislador de nuestros días a dejar al fiador en libertad de optar por una u otra, frente a su acreedor, por oposición a la decisión del Derecho romano, porque si en éste, era la obligación una disminución de la libertas del deudor o como dice Perozzi, un estado anormal de sumisión o servilismo de su persona, y no de su patrimonio, pasa lo contrario en el Derecho moderno en que la relación obligacional es más una relación de patrimonio a patrimonio, en la que la persona del deudor o fiador están al reparo de toda servidumbre (autor y opus cit. t. II, pág. 3).

No obstante, este cambio operado en nuestros días, no ha recibido carta de ciudadanía en el Anteproyecto de Bibiloni, cuyo art. 2137 reproduce literalmente el art. 1999 del C. argentino. Y la Comisión argentina de reformas del Código, decidió otro tanto pero de modo implícito al estatuir por el art. 1316 del Proyecto de 1936 que en los casos de fianza legal o judicial podrán los jueces admitir en lugar de esta garantía, prendas o hipotecas suficientes, como está dispuesto por el art. 2.000 del C. argentino. No hay, pues, innovaciones en esta materia que trasegar de ambas obras legislativas.

Art. 802. — La obligación puede ser cumplida por un tercero, aun contra la voluntad del acreedor, si éste no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación.

Sin embargo, el acreedor puede rechazar el cumplimiento que se le ofrece por el tercero, si el deudor le ha manifestado su oposición.

Ver: arts. 1180 del C. italiano; 1238 y 1239 del Código de 1865, abrogado; 1236 y 1237 C. francés; 2131 y 2132 C. de Luisiana; 727 y 730 C. argentino; 171 y 172 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 267 y 268 C. alemán; 68, 155 y 170 C. Federal suizo de las Obligaciones; 985 inc. III C. brasileño; 1158 y 1161 C. español; 747 C. portugués; 1450 C. uruguayo; 1572 C. chileno; 1630 C. colombiano; 1628 C. ecuatoriano; 1423 C. hondureño; 2010 C. nicaraguense; 1235 C. peruano; 765 C. costarricense; 2301 C. guatemalteco.

Henos aquí ante otra reforma de los viejos preceptos trasegados del modelo francés, por la que se suprime la inútil distinción entre el **tercero interesado** y el **no interesado** en el pago, establecida por el art. 1238 del C. italiano de 1865, a imitación del 1236 del C. francés, dado que al legitimar la intervención del tercero resulta inútil extenderla a otras hipótesis, fuera de la intervención del coobligado o del fiador, o del tercero poseedor del inmueble hipotecado que voluntariamente cumple la obligación a garantizar la cual fue el inmueble hipotecado. También se ha suprimido la distinción entre el tercero que paga en nombre propio y el que paga en nombre del deudor, porque si lo hace en virtud de un poder, debe el pago reputarse hecho por el mandante.

El nuevo texto, que trasegamos a nuestro art. 802; convalida el pago hecho, sea que la solutio tenga lugar **invito debitore** o **invito creditore**, si éste no tiene interés en que el deudor ejecute personalmente la prestación, como ocurriría si la obligación de hacer, por ejemplo, no hubiese sido estipulada intuitus personae o sea en consideración a la aptitud personal del deudor. No hace falta así que reproduzcamos el art. 730 del C. argentino.

Otra hipótesis en que el acreedor puede rechazar el pago hecho por un tercero es cuando el deudor le ha manifestado su oposición, lo cual podría ocurrir si el pago hecho así pusiese al deudor en el riesgo de empeorar su condición.

No hace falta agregar que el tercero que paga debe ser capaz de disponer de sus bienes para ser legitimado, como solvens (ver Colagrosso, opus cit. pág. 24 y ss.).

Viene del art. 267 **in fine** del C. alemán la obligación de rehusar el pago ofrecido por un tercero si hay oposición del deudor. Así también lo establece el art. 1149 del Proyecto de Bibiloni y el 687 del Proyecto argentino de 1936, siquiera ambos y el 686 de este último, conserven la distinción entre el pago hecho por un tercero interesado y el no interesado, que los compiladores del C. italiano de 1942 juzgaron innecesaria.

Art. 803. — El acreedor puede rechazar un cumplimiento parcial aun cuando la prestación sea divisible, salvo que la ley disponga otra cosa.

Ver: art. 1181 C. italiano; 1204 y 1246 del Código de 1865; 178 primer parágrafo del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos; 1220 C. francés; 1335 C. holandés; 2107 C. de Luisiana; 1149 C. español; 889 C. brasileño; 69 C. Federal suizo de las Obligaciones; 266 C. alemán; 1378 C. uruguayo; 809 C. boliviano; 1252 C. venezolano; 742 y 673 C. argentino. Tanto Bibiloni en su Anteproyecto (t. II, páág. 59 y 82), como la Comisión argentina de reformas del Código en el Proyecto de 1936 (arts. 645 a 648 y 694 a 698), omitieron la reproducción de los orts. 742 y 673 del C. argentino, sin otro argumento el primero que el de evitar una superfetación de preceptos idénticos, lo que en este caso no perjudica a la economía general del Código. Sólo por aplicación del argumento a **contrario sensu** del art. 1124 del Anteproyecto y 647 del Proyecto de 1936 puede reconstruirse la regla según la cual "**Las obligaciones divisibles, cuando hay un solo acreedor y un solo deudor, deben cumplirse, como si fuesen obligaciones indivisibles**".

Una excepción a la regla de nuestro artículo es el del beneficio de división estipulado entre acreedor y dos o más fiadores de una misma deuda, o sin estipulación, si los fiadores no se hubiesen obligado solidariamente, caso en el cual y por aplicación del art. 2024 del C. argentino, se entenderá dividida la deuda entre ellos por partes iguales, sin que pueda el acreedor exigir a ninguno de ellos sino la cuota que le corresponda. Otra excepción es la de nuestro art.2303 a favor del girado que solo puede hacer un pago parcial aun contra la voluntad del portador de la letra de cambio.

Art. 804 — Si el lugar en el cual la prestación debe ser ejecutada no está determinado por la convención y no pueda deducirse de la naturaleza de la prestación o de otra circunstancia, se observarán las normas siguientes:

La obligación de entregar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar en que se encontraba la cosa al tiempo de contraerse la obligación.

La obligación que tiene por objeto una suma de dinero debe cumplirse en el domicilio que el acreedor tenga a su vencimiento. Si tal domicilio es distinto del que el acreedor tenía al contraerse la obligación y esto hace más gravoso su cumplimiento, el deudor, previa declaración al acreedor, tiene derecho a realizar el pago en su propio domicilio.

En los otros casos la obligación se debe cumplir en el domicilio que el deudor tenga al tiempo del vencimiento.

Ver: arts. 1182 C. italiano de 1942; 1249 del Código abrogado; 181 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1247 C. francés; 1429 C. holandés; 2153 C. de Luisiana; 747, 749 C. argentino y 1060 del Esboço de Teixeira de Freitas, respecto de este último; 1212 y 1213 C. argentino; 950 y 951 C. brasileño; 739, 744, 745, 1447, 1529, 1583, 1661 y 1043 C. portugués; 1171 C. español; 1587 a 1589 C. chileno; 74 C. Federal suizo de las Obligaciones; 269 C. alemán; 1465 C. uruguayo; 1295 C. venezolano; 1643 a 1645 C. ecuatoriano; 2031 C. nicaragüense; 1436 C. hondureño; 1250 y 1251 C. peruano; 190 C. de Polonia; 837 C. boliviano; 778 C. costarricense; 2313 C. guatemalteco.

El parágrafo 1º de nuestro artículo no requiere explicación. Tratándose de un asunto de exclusivo interés privado, la norma legal es meramente supletoria del acto jurídico, fuente de la obligación. Otro tanto cabe decir de lo que sigue, porque pudiendo ser implícita la voluntad de las partes, bien podría, en caso de silencio del título de la deuda, inferirse el lugar de su cumplimiento de la naturaleza de la prestación o de otra circunstancia que lo induzca. Sólo agotados estos extremos se acudirá a las reglas siguientes:

I) La de la entrega de una cosa cierta y determinada, no hay alteración alguna en relación a lo preceptuado por el art. 747 del C. argentino, trasladado por Bibiloni al art. 1163 de su Anteproyecto y al 699 del Proyecto argentino de 1936. La cosa cierta puede ser mueble o inmueble. Esta regla es romana: **si quidem certum corpus legatum sit. . . . ibi praestabitur, ubi relictum est.**

El art. 1212 del C. argentino, trasegado del 1963 incs. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas, según el cual el lugar del cumplimiento de los contratos, a falta de estipulación expresa o de no podérselo inferir de la naturaleza de la obligación, es aquél en que el contrato fue hecho, si fuere el domicilio del deudor aunque después mudare de domicilio o falleciere, contradice lo estatuido por el art. 747, como Segovia fue el primero en observarlo (ver autor y opus cit. t. I, nota 137, pág. 342, 1ª edición), de suerte que siendo así está llamado a desaparecer, como lo exije la coherencia y unidad del Código. No se comprende así que Bibiloni lo haya reproducido en el art. 1349 de su Anteproyecto y la Comisión en el 823 del Proyecto de 1936.

El art. 1212 del C. argentino no sólo es contradictorio con el 747, sino que además ha inspirado a juristas como Machado donosas reflexiones, como lo de decir que: "parece que este artículo se debe tomar como una restricción de los arts. 747, 748 y 749, pero no lo creo, pues se trata allí del pago que, si bien puede ser algunas veces el cumplimiento del contrato, no es un contrato, sino un acto jurídico. El pago, como acto jurídico, se hará en el lugar designado en la obligación (léase título), donde exista el cuerpo cierto, en el domicilio del deudor; pero se trata allí de determinar el lugar del pago, y no de juzgar de la validez o nulidad, ni de la naturaleza y obligación que produce el contrato". (ver autor y opus cits. t. III, pág. 553).

No podía pedirse logogrifo más obscuro en tan pocas palabras. Si el pago es un acto jurídico, no excluye que su cumplimiento sea contractual. La obligación es un vínculo o relación de derecho, en el que no se designa ni puede designarse el lugar del pago, sin confundirla con el título, documento, pagaré, ejemplar del contrato, etc. Si el lugar está designado, nada autoriza a decir que ese es el lugar de la situación del cuerpo cierto, y menos que éste es el del domicilio, sin introducir la mayor confusión en materia harto clara.

La adopción del domicilio del deudor como lugar de cumplimiento de la obligación en el caso del art. 1214 del C. argentino, puede conducir a la anarquía, sin resolver el conflicto, como lo han hecho notar Segovia y Lafaille (Derecho Civil, t. VIII — Contratos t. I, Nº 525 In fine, pág. 583).

II) La del pago de una suma de dinero, tampoco hay alteración substancial de lo dispuesto por el art. 749 del C. argentino, según el cual debe hacerse en el lugar de la tradición de la cosa, presumiblemente vendida por el acreedor de donde se infiere que siendo así, como lo es, el pago que según nuestro art. 803 debe hacerse en el domicilio del acreedor, no modifica el derecho vigente. Se ha querido así reforzar la situación creditoria. Se ha tenido además en cuenta que con los actuales medios de transmisión del dinero hoy a disposición de todos, puede ser más factible al deudor hacer el pago en el domicilio del acreedor. Más, si por haber el acreedor cambiado el domicilio que tenía al tiempo de constituirse la obligación, resultase más gravoso al deudor pagarle en su nuevo domicilio, podrá éste, previa advertencia al acreedor, pagarle en su propio domicilio.

Art. 805. — El pago debe hacerse en el día del vencimiento de la obligación.

Si el título no determinara el tiempo en que la prestación se debe cumplir, ni él resultare de las circunstancias, se estará a lo dispuesto en el art. 629.

Sin embargo, si por la naturaleza de la prestación o por el modo o el lugar de la ejecución, o porque el título de la obligación autorizara al deudor a pagarla cuando pudiera, o tuviera medios para hacerlo, sea necesario un plazo, podrá el juez, a instancia de parte, designar en juicio breve y sumario el día en que la prestación deba cumplirse.

Si el término se ha dejado a voluntad del acreedor, podrá el juez señalarlo a instancia del deudor que quiere liberarse.

Ver: arts. 1183 C. italiano; 618 y 751 C. argentino; 1166 y 1167 del Anteproyecto de Bibiloni; 702 y 703 del Proyecto argentino de 1936; 117 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 2045 C. de Luisiana; 1128 C. español; 952 C. brasileño; 75 C. Federal suizo de las Obligaciones; 271 parág. 1º; C. alemán; 904, C. austriaco; 743 C. portugués; 1465 C. uruguayo; 2080 C. mexicano; 1212 C. venezolano; 774 y 775 C. costarricense; 192 y 193 C. de Polonia; 1900 C. nicaragüense; 1252 C. peruano.

Nuestro art. 805 consagra la regla romana: **quod sine die debetur, statim debetur**, que hoy sigue siendo

punto menos de universal aceptación. Modifica así lo preceptuado por el art. 618 del C. argentino, según el cual, si no estuviere determinado en el acto por el cual se hubiere constituido la obligación, el día en que debe cumplirse la prestación, el juez señalará el tiempo en que el deudor deba hacerlo.
La fijación del término por el juez para que la prestación deba cumplirse, puede tener lugar en los cuatro casos indicados en los parágrafos 2º y 3º.
La naturaleza de la prestación puede autorizar, en defecto de plazo expreso, la intervención del juez, como ocurriría si me he obligado a cosechar el café de la granja de mi acreedor, así como madure su producción. Lo mismo ocurriría si prometí la entrega de una cosa situada en un lugar lejano o punto menos que inaccesible. El acreedor no podría exigir el cumplimiento inmediato sin faltar al deber de corrección que le impone el art. 797.
Si la obligación hubiese sido contraída con la cláusula **cum potuerit**, contemplada en los arts. 620 y 752 del C. argentino; 1901 C. francés; 1173 del italiano abrogado; 1183 segunda parte del de 1942; el 1167 del Anteproyecto de Bibiloni y el 703 del Proyecto argentino de 1936, podrá el juez designar el día en que la prestación deba cumplirse, como lo explicamos en el Nº 452 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 806. — Si el título de la obligación autorizara al deudor a pagar cuando quiera y la obligación es por su naturaleza intransmisible a sus sucesores por causa de muerte, podrá el juez, a requerimiento del acreedor, fijar el día en que la prestación deba cumplirse, atento a las necesidades actuales del deudor.

Si la obligación es por su naturaleza transmisible a los sucesores del deudor, se aguardará su muerte para que el juez pueda exigir de sus herederos el cumplimiento de ella, en el término que les fijará.

Sin antecedente en el C. argentino. Si nula por derecho romano la obligación contraída con la cláusula **cum voluero** si el deudor moría sin manifestar su voluntad, por efecto de la naturaleza stricti iuris de la stipulatio, no lo es ni puede serlo respecto de los contratos de buena fe y singularmente de los contratos bilaterales, perfectos o imperfectos, tal como Giorgi, adoctrinado por las modernas escuelas de los romanistas, sostiene en su Teoría de las Obligaciones, t. IV, Nº 392, pág. 405, y así también lo enseña Espínola en **Manual do Codigo Civil Brasileiro**, t. III, **Das Modalidades dos Actos Juridicos**, pág. 519. Larombiere enseña que la cláusula **cum voluero** no afecta a la existencia de la obligación sino a su término, de suerte que siendo así esta obligación deviene exigible tan pronto como yo no pueda manifestar la intención contraria, es decir, en el momento mismo de mi muerte. (ver utor y opus cits. t. II, sobre el art. 1174, Nº 14 y 15, pág. 166 y ss.).
Este punto de vista es compartido por Baudry Lacantinerie y Barde, t. XIII, — **Des Obligations**, t. II, Nº 970, pág. 148; Toullier, t. VI, Nº 498, pág. 525, 4ª edición; Laurent, t. XVII, Nº 76, pág. 191; etc.
La decisión de nuestro artículo 806 es directamente inspirada en el 890 del C. austriaco, y el 715 del C. Xaxon (ver Espínola, opus cit. t. III, texto y nota 20, pág. 521).

Art. 807. — El pago debe hacerse al acreedor o a su representante munido de poder para recibirlo, o bien a la persona indicada por el acreedor, si éste tuviere la libre administración de sus bienes; o la autorizada por la ley o por el juez para recibirlo; al que presentare el título de crédito si fuere pagadero al portador o tuviere recibo del acreedor, salvo el caso de graves sospechas de no pertenecer el título al tenedor, o de no estar autorizado para el cobro.

Ver: arts. 731 C. argentino; 1239 C. francés; 1188 C. italiano; 1418 C. holandés; 2136 C. de Luisiana; 1162 C. español; 934 y 937 C. brasileño; 748 C. portugués; 362 C. alemán; 1576 y 1578 C. chileno; 1453 C. uruguayo; 1286 y 1288 C. venezolano; 830 C. boliviano; 2073 C. mexicano; 766 C. costarricense; 1636 C. colombiano; 1427 C. hondureño; 1632 C. ecuatoriano; 2014 C. nicaraguense; 1238 C. peruano; 1040 y 1041 incs., 1º, 4º, 6º, 8º y 9º del **Esboço** de T. de Freitas; 1151 del Anteproyecto de Bibiloni y 689 del Proyecto argentoni de 1936.

Art. 808. — El deudor que realiza el pago a quien aparece legitimado para recibirlo en virtud de circunstancias unívocas, como la posesión del crédito, queda liberado si prueba haber procedido de buena fe, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda, caso en el cual éste quedará obligado frente al verdadero acreedor, según las reglas establecidas para la repetición de lo indebido.

Ver: arts. 1189 C. italiano; 1240 C. francés; 732 C. argentino. Bien dice Marcadé sobre el art. 1240 del C. francés que: "estar en posesión de un crédito, no es tener el acto escrito que lo pruebe, sino gozar pacíficamente de la calidad de acreedor. Así, un heredero aparente está en posesión de los créditos hereditarios, y son válidos los pagos que le hacen los deudores de la sucesión, aunque después sea vencido en juicio y declarado no ser heredero. Por lo demás, tener el documento del crédito constituye la posesión cuando se trata de documentos pagaderos al portador" (autor y opus cits. t. IV, art. 1240, pág. 556, 7ª edición) y nota de Vélez Sarsfield al art. 732.
El art. 732 del C. argentino, aun siendo trasunto del 1240 del C. francés, omite mencionar el requisito de la buena fe del solvens exigido por su modelo. Consiste la buena fe en la ignorancia de la verdad o en la creencia sin duda alguna de que el poseedor del crédito es, por ejemplo, heredero del acreedor, cuando sólo es heredero presuntivo que, aun sin haber aceptado ni tácitamente la herencia (art. 3328 C. argentino) puede, a tenor del art. 3367 cobrar los créditos hereditarios, y ser posteriormente vencido sobre la propiedad del crédito.

Al solvens le corresponderá probar su buena fe y haberse comportado diligentemente en el acto del pago, ocasión en que se habría encontrado ante circunstancias de tal naturaleza que indujan a creer que el crédito pertenecía al que recibió el pago.

Art. 809. — El pago hecho a un tercero incapaz de recibirlo por falta de poder habilitante no libera al deudor en tanto éste no pruebe que lo que pagó redunda en beneficio o utilidad del acreedor, o que éste lo ratificó.

Ver: art. 733 C. argentino; 1239 C. francés; 1190 C. italiano; 1420 C. holandés; 2136 C. de Luisiana; 1163 C. español; 749 C. portugués; 936 C. brasileño; 1453 in fine C. uruguayo; 1577 C. chileno; 832 C. boliviano; 2075 C. mexicano; 1286 in fine C. venezolano; 173 in fine del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1152 del Anteproyecto de Bibiloni; 690 del Proyecto argentino de 1936.
Preferimos la redacción del art. 1190 del C. italiano a la del 733 del C. argentino, porque de lo que se trata es de afirmar en regla general la invalidez del pago hecho a tercero incapaz de recibirlo, sin perjuicio de la prueba que el deudor puede rendir para evidenciar que lo que pagó redunda en beneficio del acreedor.

Art. 810. — Tampoco es válido el pago hecho a persona que no tenga la libre administración de sus bienes, ni al que tenga pignorada o embargada la deuda. En este último caso la nulidad del pago aprovechará solamente a los acreedores ejecutantes o demandantes, o a los que se hubiesen constituido la prenda, a quienes el deudor estará obligado a pagar de nuevo, salvo su derecho a repetir contra el acreedor a quien pagó.

Vr: arts. 731 inc. 1º in fine, 734 y 736 del C. argentino; 1242 C. francés; 1244 C. italiano abrogado y 2906 inc. 2º del C. italiano de 1942; 1153 y 1155 del Anteproyecto de Bibiloni; 690 parág. 2º y 692 del Proyecto argentino de 1936; 176 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos.
Incapaces de recibir pagos son todos los sujetos a una representación necesaria. Lo que sigue en relación a los que tengan pignorada o embargada la deuda, la nulidad del pago es sanción impuesta por no gozar de la libre administración de sus bienes.
La obligación de pagar de nuevo en estos casos es conforme con el viejo adagio según el cual el que paga mal, paga dos veces.

Art. 811. — El pago hecho por el deudor a sabiendas de la incapacidad sobreviniente del acreedor que era capaz al tiempo de contraerse la obligación, no extingue la obligación, a menos que el deudor pruebe que el pago redundó en beneficio del acreedor.

Ver: art. 735 C. argentino; 1044 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1154 del Anteproyecto de Bibiloni y 691 del Proyecto argentino de 1936.
La sanción de nulidad sin el agregado de la última parte, tal como lo esbozó T. de Freitas y lo reprodujo Vélez Sarsfield en el art. 735 de su Código y en idénticos términos Bibiloni y la Comisión argentina de 1936, obligaría al deudor a pagar dos veces, aun cuando el pago hubiese redundado en provecho del acreedor. Véase la nota 15 de Segovia al art. 735 (t. I, pág. 191, primera edición).

Art. 812. — El pago hecho por el deudor insolvente en fraude de otros acreedores, es de ningún valor por efecto de la cosa juzgada que haga lugar a la acción revocatoria que estos hubieren ejercido de conformidad con los arts. 573 y s.s. de este Código.

Ver: arts. 737 C. argentino; 1044 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 1156 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. El agregado final era necesario, porque si el pago hecho por el deudor insolvente a uno de sus acreedores, pero en fraude de los otros, que son los perjudicados, fuese absolutamente nulo en sí, la acción revocatoria sería innecesria.

Art. 813. — Cuando por el pago deba transferirse la propiedad de la cosa, es preciso para su validez, que el que lo hace sea propietario de ella y tenga capacidad de enajenarla. Si el pago fuere de una suma de dinero o de cosa que se consuma por el uso, no puede ser repetido contra el acreedor que de buena fe la haya consumido.

Ver: arts. 738 y 1325 C. argentino; 1238 C. francés; 1419 C. holandés; 2134 C. de Luisiana; 1192 C. italiano; 1575 C. chileno; 1633 C. colombiano; 1631 C. ecuatoriano; 2012 C. nicaraguense; 1160 C. español 1425 C. hondureño; 1285 C. venezolano; 933 C. brasileño; 1449 C. uruguayo; 829 C. boliviano; 2087 C. mexicano; 1236 y 1237 C. peruano; 1039 del Esboço de T. de Freitas; 1157 Anteproyecto de Bibiloni y 693 del Proyecto argentino de 1936.
En esta materia conviene aclarar la reforma que los compiladores italianos del Código de 1942 introdujeron en la redacción del art. 1240 del Código de 1865, abrogado, análogo al 1238 del C. francés y al 738 argentino.
En vez de los dos requisitos clásicos del pago por dación de un bien: 1º) la calidad de propietario de ella; y 2º) la capacidad de enajenarla (porque, como lo estatuye el art. 1325 del Código de Velez Sarsfield, el acto produce los mismos efectos de la compraventa, en cuanto el solvens queda sujeto a las consecuencias de la evicción, de los vicios redhibitorios y de las cargas reales no declaradas; arbitraron los redactores del Código de 1942 dos sanciones; 1º) que el deudor no puede impugnar el pago realizado con cosa de la cual no podía disponer, salvo que ofrezca realizar la prestación debida con cosa de su propie-

nencia; y 2º) que el acreedor que de buena fe ha recibido el pago, puede impugnarlo, salvo su derecho al resarcimiento del daño.
Como a pesar de esta reforma, subsiste el efecto de la nulidad del pago hecho por la transferencia de cosa ajena, no parece que tal reforma sea necesaria cuando lo preceptuado por los art. 738 y 1325 del C. argentino es punto menos de derecho uniforme en América, incluso en relación a Códigos, que, como el brasileño, se estructuraron sobre la base de inspiraciones del C. alemán.

Art. 814. — Quien tiene varias deudas de la misma especie a favor del mismo acreedor, puede declarar, al efectuar el pago, cuál de las deudas quiere satisfacer, siempre que sea líquida y de plazo vencido.

A falta de declaración, el pago debe ser imputado a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor, o porque llevara intereses, o porque hubiera pena estipulada por incumplimiento de la obligación, o por mediar prenda o hipoteca, o por otra razón semejante; entre varias deudas igualmente onerosas, a la más antigua.

Si tales criterios no sirvieran para resolver el caso, y las deudas fuesen de igual especie, la imputación se hará proporcionalmente a las varias deudas.

Ver: arts. 1193 C. italiano; 773, 774, 778 del C. argentino; 1253 y 1256 C. francés; 1092 del Esboço de T. de Freitas; 1435 del C. holandés; 2162 C. de Luisiana; 1106 de Goyena; 1172 y 1174 C. español; 991 y 994 C. brasileño; 727 a 729 C. portugués; 85 y 87 C. Federal Suizo de las Obligaciones; 366 C. alemán; 1596 y 1597 C. chileno; 1476 y 1480 C. uruguayo; 1654 y 1655 C. colombiano; 1652 y 1653 C. ecuatoriano; 1437 y 1439 C. hondureño; 2050, 2053 C. nicaraguense; 1264 y 1265 C. peruano.
Ninguna diferencia fundamental existe entre nuestro art. 814 y lo estatuido por los arts. 773, 774 y 778 del C. argentino, salvo el de verlos comprimidos en uno solo a inspiración del 1193 del C. italiano. La decisión proyectada es de derecho uniforme, tanto que Bibiloni la consagró por los arts. 1191, 1192 y el 1196 de su Anteproyecto, lo mismo que la Comisión argentina de reformas del Código por los art. 719 y 722 del Proyecto de 1936.

Art. 815. — El deudor no puede imputar el pago al capital más bien que a los intereses y a los gastos, sin el consentimiento del acreedor.

El pago hecho a cuenta de capital, intereses y gastos, se imputará primero a los gastos, después a los intereses, por último al capital, a no ser que el acreedor diese recibo por cuenta del principal, sin mencionar los intereses, caso en el cual se presumen éstos pagados.

Ver: arts. 1194 C. italiano; 776 y 777 del C. argentino; 1254 C. francés; 2160 C. de Luisiana; 376 C. alemán; 1173 C. español; 1477 C. uruguayo; 1416 C. austriaco; 845 C. boliviano; 1303 C. venezolano; 1595 C. chileno; 993 C. brasileño; 1653 C. colombiano; 2051 C. Nicaraguense; 1438 C. hondureño; 1651 C. ecuatoriano; 1266 C. peruano; 2094 C. mexicano; 85 C. Federal Suizo de las Obligaciones; 1094 del Esboço de T. de Freitas; 188 Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los Contratos; 1194 y 1195 del Anteproyecto de Bibiloni y 721 del Proyecto argentino de 1936, y 210 C. de las Obligaciones de Polonia.

Art. 816. — Quien teniendo varias deudas, acepta recibo del acreedor por el que éste haya imputado el pago a algunas de las deudas especialmente líquidas y vencidas, no puede pretender una imputación diversa, a menos que haya habido dolo, violencia o sorpresa por parte del acreedor.

Ver: art. 775 C. argentino; 1255 C. francés; 1195 C. italiano; 2161 C. de Luisiana; 1479 C. uruguayo; 1304 C. venezolano; 1265 C. peruano; 781 C. costarricense; 846 C. boliviano; 1093 del Esboço de T. de Freitas; 189 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1193 del Anteproyecto de Bibiloni; 720 del Proyecto argentino de 1936; 992 C. brasileño; 1172 segunda parte C. español; 86 C. Federal suizo de las Obligaciones y 366 C. alemán.

Art. 817. — Los gastos del pago son a cargo del deudor.

Ver: art. 1196 C. italiano; 1608, 1248 C. francés; 1570 C. portugués; 1431 C. holandés; 2459 C. de Luisiana; 1027 C. boliviano; 1168 C. español; 2023 inc. 7º del Esboço de T. de Freitas; 182 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1467 C. uruguayo; 1297 C. venezolano; 1571 C. chileno; 1629 C. colombiano; 1627 C. ecuatoriano; 1433 C. hondureño; 1253 C. peruano; 2086 C. mexicano; 784 C. costarricense; 220 inc. 2º C. de las Obligaciones de Polonia.

Art. 818. — El deudor no puede liberarse realizando una prestación diversa de la debida, aun cuando sea de un valor igual o mayor, salvo que el acreedor lo consienta.

Si la prestación consiste en la transferencia de la propiedad o de otro derecho, el deudor está obligado a la garantía por evicción y por los vicios de la cosa según las normas de la venta, salvo que el acreedor prefiera exigir la prestación originaria y el resarcimiento del daño.

1r En cualquier caso no reviven las garantías prestadas por los terceros.

Ver: art. 1197 C. italiano; 740 a 746 y 779 a 783 del C. argentino; 1243 y 2038 C. francés; 1425 C. holandés; 2146 C. de Luisiana; 1166 C. español; 1458 inc. 1º C. uruguayo; 1290 C. venezolano; 1568 y 1569 C. chileno; 995 a 998 C. brasileño; 1626 y 1627 C. colombiano; 1624 y 1625 C. ecuatoriano; 1431 C. hondureño; 2019 C. nicaraguense; 1247 C. peruano; 764 y 772 C. costarricense; 207 C. de las Obligaciones y los contratos; 364 C. alemán; 1414 C. austriaco; 1115 a 1119 del Esboço de T. de Freitas; 1158 del Anteproecto de Bibiloni y 694 del Proyecto argentino de 1936.
Cuanto a la garantía por evicción y vicios redhibitorios, ver arts. 780 y 781 C. argentino y en cuanto a la evicción en la compraventa, arts. 2118 a 2127 y en la cesión de créditos, arts. 2155 a 2163 C. argentino. Sobre los vicios redhibitorios, ver arts. 2164 a 2181 de dicho código.
El acreedor puede ser vencido en juicio sobre la propiedad de la cosa que recibió en pago, supuesto en el cual dos soluciones se ofrecen: la del art. 783 del C. argentino, inspirado en el art. 1119 del Esboço de T. de Freitas, por el que se le confiere el derecho a ser indemnizado como comprador, a tenor de lo dispuesto por el art. 2114 del mismo Código, también trasegado del art. 3519 inc. 1º del Esboço, según el cual: "La evicción, cuando se ha hecho un pago por entrega de bienes, sin que reviva la obligación extinguida, tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor".
Análogo es el sistema seguido por el art. 1493 del C. uruguayo y por los arts. 365, 433 y ss., y 459 del C. alemán, y lo reproducen los arts. 1207 del Anteproyecto de Bibiloni y 730 del Proyecto argentino de 1936.
Mas el art. 1197 del C. italiano de 1942 que, en principio consagra idéntica regla, ofrece al acreedor la opción o de ceñirse a la evicción debida entre comprador y vendedor o entre cedente y cesionario; o por el contrario de exigir la prestación originaria, más el resarcimiento del daño.
Como en ambos casos se juzga extinguida la obligación primitiva, estatuye aquel precepto que no reviven las garantías prestadas por terceros, porque habiéndose producido novación por cambio del objeto de la obligación, el acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación como lo preceptúa el art. 804 del C. argentino, trasegado del art. 1125 del Esboço de T. de Freitas.
Tal es el sistema que adoptamos con el art. 818 de este Código.
Contrario es el sistema del art. 998 del C. brasileño, según el cual: "Si el acreedor fuere eviccionado por la cosa recibida en pago, se restablecerá la obligación primitiva, quedando sin efecto el recibo que hubiere otorgado".
Viene esta discrepancia de la vieja controversia romana entre Marciano y Ulpiano. El legislador brasileño prefirió adherirse al parecer del primero. Mas leyendo los fundamentos con que Carvalho de Mendonça justificó esta decisión, no nos ha convencido. "Si el acreedor, dice este ilustre jurista, puede ser molestado por tercero, si aquéllo que recibió como una prestación, que le era debida, deja de ser de hecho, a qué quedaría reducido su derecho creditorio?". Ociosa es la pregunta cuando frente al acreedor eviccionado se ofrece la responsabilidad por evicción y vicios redhibitorios del deudor que le transfirió en pago una cosa de la que no podía disponer. Y con harta mayor razón si como lo auspicia el legislador italiano puede el acreedor optar por exigir de su deudor el cumplimiento de la prestación originaria.

Art. 819. — Cuando en lugar del cumplimiento se cede un crédito, la obligación se extingue con la cobranza del crédito, si no resulta una voluntad contraria de las partes.

Queda a salvo lo dispuesto por el apartado tercero del art. 923.

Ver: arts. 1198 C. italiano; 779, 780 y 1435 C. argentino; 1115, 1118 y 2056 del Esboço de T. de Freitas
La razón de nuestro artículo es que la entrega de un crédito en pago de una deuda no es pago, mientras el crédito no haya sido a su vez cobrado por el cesionario. El crédito no es sino una promesa del pago. Bien dice Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 813 del C. argentino que: "El que reciba billetes o letras, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novación, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético, si ellos fueren pagados. Esta verdad, dice Marcadé, ha sido consagrada por las decisiones constantes de los tribunales".
Nuestro artículo, como su modelo el 1198 del C. italiano, consagra la regla según la cual la cessio pro soluto no se presume, y que, salvo una voluntad contraria, la cesión del crédito, en lugar del cumplimiento, se entiende siempre hecha salvo su cobranza. Siendo así, como lo es, la liberación del cedente sólo se produce a condición de que el cesionario haya percibido efectivamente el crédito cedido.
Giorgi ha señalado las semejanzas y diferencias de esta cessio pro soluto con la assignatio o señalamiento o diputación de una persona para el cobro de un crédito, figura jurídica que, aun no regida por ninguna ley antigua, ni por Código alguno del Derecho moderno, es reconocida por la práctica judiciaria. Es la cessio pro solvendo, simple indicación de pago, no seguida de formal notificación al deudor: esto es, mandato revocable, ineficaz contra tercero, así como insuficiente para liberar al deudor cedente con relación al acreedor cesionario. (ver autor y opus cits. t. VI, Nº 153, pág. 180).
Difieren ambas figuras: a) porque, mientras en la cessio pro soluto el cedente responde solamente de las veritás nominis o sea de la existencia actual del crédito, como está dispuesto por el art. 1476 del C. argentino, y por consiguiente el periculum nominis pasa al cesionario; en la cessio pro solvendo, el cedente responde incluso de la bonitas nominis, como está dispuesto por la segunda parte del citado art. 1476 del C. argentino, o sea que no responde de la solvencia del deudor o de sus fiadores, a no ser que la insolvencia fuese anterior y pública, de suerte que siendo así, el periculum nominis no se transmite al cesionario; y b) porque mientras en la cessio pro solvendo, por ser la transferencia del crédito subordinado a condición y no extinguiéndose la relación entre cedente y cesionario, debe éste imputar a su crédito solo la suma que cobre restituyendo lo que sobre y repitiendo lo que ha conseguido de menos, fenómeno que no se verifica en la cessio pro soluto, de inmediata y definitiva eficacia (ver Colagroso, opus cit. Parte Generale, pág., 52 y D'Amelio y Finzi, opus cit. t. I, pág. 51 y ss.).

Art. 820. — El acreedor que recibe el pago debe librar, a requerimiento y a costa del deudor, recibo y hacer anotación de dicho pago sobre el título, si éste no se restituye al deudor.

El libramiento de un recibo por el capital hace presumir el pago de los intereses.

Ver: arts. 1199 C. italiano; 505 in fine C. argentino; 879 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 1315 C. francés; 1573 C. uruguayo; 939 C. brasileño; 368 C. alemán; 1426 C. austriaco; 88 C. Federal Suizo de las Obliga-

ciones; 271 del Proyecto ítalo-francés de las Obligaciones y los contratos; 2229 C. de Luisiana; 1214 C. español; 1354 C. venezolano; 1698 C. chileno; 1757 C. colombiano; 1754 C. ecuatoriano; 2356 C. nicaragüense; 1495 C. hondureño; 1282 C. peruano; 901 C. boliviano; 2088 C. mexicano; 220 C. de las Obligaciones de Polonia; 1017 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; omitido; en el art. 568 del Proyecto argentino de 1936, acaso por su manifiesta desubicación en el art. 505 del Código de Vélez, por lo que la Comisión lo remitió al art. 235 de su Proyecto, que corresponde al 425 del de Bibiloni, quien así incurre en repetición de la misma norma.

Art. 821. — El recibo designará el valor y la especie de la deuda pagada, el nombre del deudor, o el del que pagó por él, el tiempo y lugar del pago, con la firma del acreedor o de su representante.

Ver: art. 940 C. brasileño; 1426 segunda parte C. austriaco y 1101 del Esboco de T. de Freitas.

Art. 822. — Negándose el acreedor a dar recibo, o no dándolo en la forma debida, podrá el deudor citarlo para la consignación del pago, caso en el cual quedará el deudor liberado por la sentencia que declare válido el pago hecho por él.

Ver: art. 941 del C. brasileño, sin antecedente en otros Códigos, salvo el art. 1102 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 823. — Si la obligación pagada constare de instrumento público, el deudor tendrá derecho a exigir del acreedor que le otorgue carta de cancelación también por instrumento público.

Ver: art. 1100 primera parte del Esboco de T. de Freitas, y 1194 C. argentino.

Art. 824. — Si se perdiere el título de la deuda cuyo recibo consiste en su devolución, podrá el deudor que paga totalmente obligar al acreedor a otorgarle una declaración auténtica, o debidamente legalizada por la que el título quede anulado y extinguida la deuda.

Ver: arts. 90 C. Federal suizo de las Obligaciones; 371 C. alemán y 942 C. brasileño. Si siendo varios los deudores, y sólo uno de ellos pagare su cuota parte en la deuda, no habrá lugar a la aplicación de este precepto.

Art. 825. — Cuando el pago sea de cuotas periódicas, el recibo de la última establece, hasta prueba en contrario, la presunción de estar pagadas las anteriores.

Ver: art. 943 C. brasileño; 89 primera parte del C. Federal suizo de las Obligaciones; 746 C. argentino; 1429 C. austriaco; 1462 C. uruguayo; 1570 C. chileno; 1628 C. colombiano; 1626 C. ecuatoriano; 2008 C. nicaragüense; 1245 C. peruano; 1296 C. venezolano; 2089 C. mexicano; 1110 del Esboco de T. de Freitas; 1162 del Anteproyecto de Bibiloni; 698 Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

Del pago con subrogación

Art. 826. — El pago con subrogación tiene lugar, cuando lo hace un tercero, a quien se transmiten todos los derechos del acreedor. La subrogación puede ser convencional o legal.

Tiene lugar la subrogación convencional, cuando el acreedor, al recibir el pago de un tercero, le transmite expresamente todos sus derechos respecto de la deuda, aun sin intervención del deudor.

Tiene ella igualmente lugar cuando tomando en préstamo el deudor una suma de dinero u otra cosa fungible con el fin de pagar la deuda, transmite expresamente al prestamista los derechos del acreedor respecto de la deuda, aun sin el consentimiento de éste.

Para que esta subrogación sea válida es necesario que el préstamo y el recibo de pago al acreedor se hagan por instrumento público; que en el acto de préstamo se declare que se ha efectuado para hacer el pago, y que en el recibo, se manifieste que el pago se ha hecho con el dinero facilitado

por el prestamista. No es necesaria la mención expresa de la subrogación, ni la conformidad del acreedor que recibe.

Si éste se rehusara a suscribir la escritura de recibo con la declaración expresada, procederá el pago por consignación, y la subrogación quedará hecha por efecto de él.

Ver: Arts. 767, 769 y 770 C. argentino; 1086 y 1088 del Esboço de T. de Freitas; 1249 y 1250 C. francés; 1201 y 1202 C. italiano; 1436 C. holandés; 2155 y 2156 C. de Luisiana; 986, 987, 1065 a 1078 C. brasileño; 1211 C. español; 780 C. portugués; 1608 y 1611 C. chileno; 1468 y 1471 C. uruguayo; 1298 y 1299 C. venezolano; 2067 C. mexicano; 840 y 841 C. boliviano; 1666, 1667 y 1669 C. colombiano; 1664, 1665 y 1667 C. ecuatoriano; 2042 y 2043 C. nicaraguense; 1270 C. peruano; 786 a 788 C. costarricense; 1197, 1199 y 1200 del Anteproyecto de Bibiloni; 767, 769 y 725 del Proyecto argentino de 1936; 183 y 184 inc. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 827. — La subrogación tiene lugar de derecho, sin dependencia de la cesión expresa del acreedor a favor:

1º) Del que siendo acreedor, aun cuando sea quirografario, paga a otro acreedor que tiene derecho a ser preferido en razón de sus privilegios, de su prenda o de su hipoteca;

2º) Del que estando obligado con otros o por otros al pago de la deuda, tiene interés en satisfacerla;

3º) Del tercero no interesado que hace el pago, consintiéndolo tácita o expresamente el deudor, o ignorándolo.

4º) Del que habiendo adquirido un inmueble hipotecado hasta la concurrencia del precio de adquisición, paga a uno o varios acreedores, a favor de los cuales el inmueble estuviere hipotecado;

5º) Del heredero beneficiario que con dinero propio suyo paga las deudas hereditarias.

6º) En los otros casos establecidos por la ley.

Ver: arts. 769 C. argentino; 1087 del Esboço de T. de Freitas; 1251 C. francés; 1203 C. italiano; 779 modificado C. portugués, 1438 C. holandés; 2157 C. de Luisiana; 842 C. boliviano; 985 C. brasileño; 1210 C. español; 1610 C. chileno; 1472 C. uruguayo; 1300 C. venezolano; 1269 C. peruano; 1668 C. colombiano; 1666 C. ecuatoriano; 2044 C. nicaraguense; 790 C. costarricense; 2066 a 2072 C. mexicano; 1198 del Anteproyecto de Bibiloni; 723 del Proyecto argentino de 1936; 185 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 828. — La subrogación legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, tanto contra el deudor principal y codeudores, como contra los fiadores y terceros poseedores de bienes afectados al crédito, con las modificaciones siguientes:

1º) El subrogado no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente para la liberación del deudor;

2º) El efecto de la subrogación convencional puede ser limitado a ciertos derechos y acciones por el acreedor, o por el deudor que la consciente, y el de la subrogación legal por acuerdo del acreedor, o del deudor, con el tercero;

3º) La subrogación legal establecida en provecho de los que han pagado una deuda a la cual estaban obligados con otros, no los autoriza a ejercer los derechos y las acciones del acreedor contra sus coobligados, sino hasta la concurrencia de la parte, por la cual cada uno de estos últimos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda;

4º) La subrogación a favor del tercer poseedor de bienes hipotecados por el deudor principal no lo autoriza para perseguir al fiador aunque la hipoteca se hubiera constituido después de la fianza.

El fiador que paga la deuda garantizada con hipoteca constituída por el deudor, queda subrogado contra el tercer poseedor del bien gravado;

5º) La subrogación a favor del tercer poseedor de uno de varios inmuebles hipotecados en garantía del crédito pagado, no le autoriza a ejercer los derechos del acreedor contra los otros poseedores sino por la parte proporcional al beneficio que ha producido el pago a cada uno de ellos;

b), la cesación del curso de los intereses estipulados a cargo del deudor, según así también lo preceptúa el art. 301 del C., alemán.
c) la liberación del deudor de la obligación de abonar al acreedor los frutos de las cosas que no hayan sido percibidos por él.
d) la obligación del acreedor de resarcir al deudor el daño derivado de la mora (propter mora), a propósito de lo cual dispone el art. 304 del C. alemán que: "En caso de morosidad del acreedor podrá el deudor exigir el reembolso del aumento de gastos que haya debido hacer la oferta infructuosa y para la custodia y la conservación del objeto debido".
La liberación del deudor solo tiene lugar si su oferta de pago es aceptada. Si, por el contrario, el acreedor rechaza la oferta, pierde ésta su función liberatoria, razón por la cual, si el deudor quiere liberarse debe hacer el depósito de lo que debe, como se verá más adelante. (Ver Colagrosso, opus cit. Parte Generale, pág. 65 y ss.; Messineo, opus cit. t. IV, parág. 120, Nº 3, pág. 349).

Art. 833. — Para que la oferta sea válida es necesario:

1) Que se haga al acreedor capaz de recibir o a quien tenga la facultad de recibir por él;

2) Que se haga por persona que pueda cumplirla válidamente;

3) Que comprenda la totalidad de la suma o de las cosas debidas, de los frutos o de los intereses y de los gastos líquidos, y una suma por los gastos no líquidos, con reserva de un suplemento si es necesario;

4) Que el término sea vencido, si se ha estipulado a favor del acreedor;

5) Que se haya verificado la condición suspensiva de la cual depende la obligación;

6) Que la oferta se haga a la persona del acreedor o en su domicilio;

7) Que la oferta se haga por un Notario y Escribano Público, o funcionario público habilitado al efecto.

El deudor puede subordinar su oferta al consentimiento del acreedor, necesario para liberar los bienes de las garantías reales o de otros vínculos que de cualquier manera limiten su disponibilidad.

Ver: art. 1208 C. italiano de 1942 y 1260 del Código abrogado; 1258 C. francés; 1441 C. holandés; 2164 C. de Luisiana; 849 C. de Bolivia; 192 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1307 C. venezolano; 1482 C. uruguayo; 1600 C. chileno; 1658 C. colombiano; 1656 C. ecuatoriano.

Art. 834. — Si la obligación tiene por objeto dinero, títulos de crédito o cosas muebles que deben ser entregados en el domicilio del acreedor, la oferta debe ser real.

Si, por el contrario, se trata de cosas muebles que deben ser entregadas en lugar distinto, la oferta debe hacerse por intimación al acreedor para que la reciba, hecha por acta notarial notificada por intermedio del Escribano autorizante, en el domicilio del acreedor.

Ver: arts. 1209 C. italiano de 1942 y 1266 del C. abrogado; 1257 del C. francés; 759 C. portugués; 1425 C austriaco; 4440 C. holandés; 2163 C. de Luisiana; 850 C. boliviano; 1308 C. venezolano; 1483 C. uruguayo.

Art. 835. — Si el acreedor se niega a aceptar la oferta real o no se presenta para recibir las cosas que le han sido ofrecidas mediante intimación, el deudor puede realizar el depósito.

Realizado el depósito y éste fuere aceptado por el acreedor o declarado válido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no podrá el deudor retirarlo y quedará liberado de su obligación.

Ver: art. 1210 C. italiano de 1942, 1259 y 1263 del Código abrogado; 1257 C. francés; 760 C. argentino; 1486 C. uruguayo; 1311 C. venezolano; 1607 C. chileno; 1665 C. colombiano; 1663 C. ecuatoriano; 2064 C. nicaragüense; 191 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
El retiro del depósito una vez aceptado por el acreedor o declarado válido por sentencia del juez, haría revivir la obligación con todos sus accesorios.

Art. 836. — Si las cosas ofrecidas no pueden ser conservadas o son deterioradas, o bien si los gastos de custodia son excesivos, el deudor, después de la oferta real o de la intimación para retirarlas, puede hacerse autorizar por el juez para venderlas en los modos establecidos para las cosas embargadas y para depositar su importe.

Ver: arts. 1211 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, bajo cuya vigencia se aplicaban, por analogía, a la hipótesis de este artículo, las reglas de la gestión de negocio. Mas proveyendo los arts. 383 y 386 del Código alemán, a propósito de la consignación o depósito, las normas observables cuando la cosa mueble debida sea perecedera e inepta, por tanto, para ser consignada, en caso de mora del acreedor, hipótesis

en la cual, se autoriza al deudor a venderla públicamente y a depositar su importe. El art. 386 estatuye que los gastos de la venta en subasta pública serán de cuenta del acreedor, a menos que el deudor retire el precio estipulado.
Evidente es así la fuente del art. 1211 del C. italiano de 1942, trasegado literalmente a nuestro art. 833.

Art. 837. — Para que el depósito sea válido es necesario:

1) Que haya sido precedido por una intimación notificada al acreedor y que contenga la indicación del día, de la hora y del lugar en que la cosa ofrecida será depositada;

2) Que el deudor haya entregado la cosa con los intereses y los frutos debidos hasta el día de la oferta, en el lugar indicado por la ley o, en su defecto, por el juez;

3) Que se redacte por el Escribano Público o por el Secretario Actuario, según el caso, un acta de la que resulte la naturaleza de las cosas ofrecidas, la negativa a recibirlas por parte del acreedor o su falta de comparecencia, y, finalmente, el hecho del depósito;

4) Que en caso de no comparecencia del acreedor, el acta del depósito le sea notificada con la invitación a retirar la cosa depositada.

El depósito que tenga por objeto una suma de dinero puede llevarse a cabo o en poder del acreedor, o no aceptándolo él, deberá hacerse en el Banco Central a la orden del Juez.

Ver: art. 1212 C. italiano; 1259 C. francés; 1442 C. holandés; 850 C. boliviano; 1308 C. venezolano; 1483 C. uruguayo; 1601 y 1602 C. chileno; 1177 y 1178 C. español; 1659 y 1660 C. colombiano; 1657 y 1658 C. ecuatoriano; 1455 y 1456 C. hondureño; 2058 y 2059 C. nicaraguense; 1259 C. peruano, y 193 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones.

Art. 838. — El depósito no producirá efecto si el deudor lo retirase antes de que haya sido aceptado por el acreedor o antes de que haya sido reconocido válido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Si después de la aceptación del depósito o de haber pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia que lo declara válido, el acreedor consciente que el deudor retire el depósito, no podrá el acreedor dirigirse contra los codeudores y los fiadores, ni valerse de los privilegios de la prenda y de las hipotecas que garantizaban el crédito.

Ver: arts. 1213 C. italiano de 1942 y 1263, 1264 y 1265 del C. abrogado; 1261 y 1263 C. francés; 761 y 763 C. argentino; 1485, 1486 y 1487 C. uruguayo; 1310, 1311 y 1314 C. venezolano; 1606 y 1607 C. chileno; 1664 y 1665 C. colombiano; 1662 y 1663 C. ecuatoriano; 2063 y 2064 C. nicaraguense; 1458 y 1459 C. hondureño; 1261 y 1262 C. peruano; 852 y 853 C. boliviano; 1180 segunda parte y 1181 C. español; 977 a 979 C. brasileño; 376 C. alemán; 762 y 763 C. portugués; 195 a 197 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1084 del Esboço de T. de Freitas; 717 y 718 del Proyecto argentino de 1936. Dado que el depósito, dice Colagrosso, es medio liberatori sólo cuando es aceptado por el acreedor o es declarado válido por sentencia, lógico es que el efecto liberatorio no se produzca si el deudor, haciendo uso de la facultad que se le reconoce, retira el depósito antes de su validez. Y es natural —agrega— que en este caso, queden liberados el codeudor y el fiador del deudor, como expresamente lo sanciona el art. 763 del Código argentino al preceptuar que si declarada válida la consignación consciente el acreedor que el deudor retire el depósito, no podrá aprovecharse de las garantías o seguridades que le competían; y los codeudores y fiadores quedarán libres (ver autor y opus cit. Parte Generale, pág. 75).

Art. 839. — Cuando la oferta real y el depósito son válidos, los gastos originados son a cargo del acreedor, a menos que el deudor retire el depósito.

Ver: art. 1215 C. italiano; 1260 C. francés; 381 C. alemán; 764 C. portugués; 1179 C. español; 1604 C. chileno; 1309 C. venezolano; 851 C. boliviano; 2103 C. mexicano; 1662 C. colombiano; 1660 C. ecuatoriano; 1457 C. hondureño; 2062 C. nicaraguense; 802 C. costarricense.

Art. 840. — Si la cosa que debe entregarse fuere un inmueble, la oferta se hará por intimación al acreedor para que tome posesión de él. La intimación deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto por el art. 834.

Hecha la intimación, podrá el deudor obtener del juez el nombramiento de un depositario. En este caso, el deudor quedará liberado desde el momento que haya entregado la cosa debida al depositario.

Ver: arts. 1216 C. italiano; 1264 C. francés; 764 C. argentino; 1488 C. uruguayo; 1313 C. venezolano; 855 C. boliviano; 980 C. brasileño ;198 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 713 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 841. — Si la cosa fuere indeterminada y a elección del acreedor, el deudor debe hacerle intimación judicial para que haga la elección. Si rehusare hacerla, el deudor podrá ser autorizado por el juez para verificarla. Hecha ésta, el deudor debe hacer la intimación al acreedor para que la reciba, como en el caso de la deuda de cuerpo cierto.

Ver: art. 766 C. argentino. Este artículo sanciona la obligación impuesta al deudor por el art. 835 de este Código. Art. 714 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 842. — Si la prestación consiste en hacer, el acreedor queda constituido en mora mediante la intimación de recibir lo hecho o de llevar a cabo los actos necesarios por su parte para hacerla posible.

Hecha la intimación, el deudor quedará liberado.

Quedará igualmente liberado si la prestación resultare legal o físicamente imposible.

Ver: arts. 1217 C. italiano; 1184 C. español.

CAPITULO V

Del incumplimiento de las obligaciones

Art. 843. — El deudor que por dolo o culpa propia no cumple exactamente la prestación debida, está obligado al resarcimiento de los daños e intereses que causare al acreedor, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de caso fortuito o fuerza mayor anterior a su constitución en mora.

La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Ver: arts. 1218 C. italiano; 1146, 1147 y 1148 C. francés; 1279 C. holandés; 1924 y 1925 C. de Luisiana; 739 a 741 C. boliviano; 956 y 1058 C. brasileño; 286 C. alemán; 103 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1101 C. español; 711 C. portugués; 1264, 1271 y 1272 C. venezolano; 1342 y 1343 C. uruguayo; 1557 y 1558 C. chileno; 1615 y 1616 C. colombiano; 1613 y 1614 C. ecuatoriano; 1860 C. nicaraguense; 1360 C. hondureño; 1256 C. peruano; 506 y 511 C. argentino; 1018 del Anteproyecto de Bibiloni; 569 del Proyecto argentino de 1936; 243 a 245 del Código de las Obligaciones de Polonia; 96 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos.

El resarcimiento que dice nuestro artículo es la reparación del daño que por consecuencia de un hecho sufre la persona. Mira él, en primer lugar, a restablecer las cosas en el estado en que se hallaban antes del daño, y en segundo lugar a la prestación del daño. Excepcionalmente sólo se endereza a la prestación del daño: 1º) cuando la obligación de resarcimiento es contraída en forma precisa por contrato, caso en el cual se lo determina según el contenido de la convención; y 2º) cuando por derivar el daño del sacrificio del interés público o de una colisión con el derecho de otro, se lo determina con arreglo a la disposición concreta de la ley en que se funda la obligación.

El presupuesto normal de la obligación de resarcimiento es la culpa del deudor. En otra parte se tratará de la culpa en las obligaciones ex delicto. La culpa es la omisión no querida de un deber jurídico relativo a la diligencia que debe observarse en el cumplimiento de la obligación. Ella es definida en el parágrafo 2º del presente artículo conforme con el 512 del Código argentino; 1104 C. español; 1225 C. italiano; 1018 inc. 2º del Anteproyecto de Bibiloni y el 569, 2ª parte del Proyecto argentino de 1936, para la orden contractual. En principio, la culpa extracontractual, derivada de la violación de la norma general que prohibe causar injustamente daño a otro, no es distinta de la culpa contractual de la que sólo se diferencia en cuanto a la carga de la prueba. En efecto, mientras el lesionado ex delito debe probar no sólo el daño sino también la culpa; al lesionado contractualmente sólo le bastará evidenciar la violación del contrato, considerado por sí culposo, quia pacta sunt servanda, de donde viene que el deudor pueda eximirse de responsabilidad con la prueba de que en el caso concreto, su incumplimiento fue debido a una causa que no le es imputable, como por ejemplo, la fuerza mayor o el caso fortuito.

El resarcimiento se condiciona al nexo de causalidad entre el daño y el hecho imputado a su autor, 904 C. argentino. El incumplimiento doloso tiene lugar por la voluntaria e intencional violación de la relación obligatoria, cuando el deudor obra con el solo propósito de ocasionar daño al acreedor, sin excluir la intención de obtener un provecho del incumplimiento, como es de regla. Viene de esta intrínseca antijuridicidad del incumplimiento doloso que no pueda merecer el mismo trato que el meramente culposo, por el que se responde sólo de los daños previstos, como consecuencia inmediata del incumplimiento, según lo estatuido en nuestro art. 515. Mas tratándose del incumplimiento doloso, se responde no sólo de las consecuencias inmediatas sino también de las mediatas o sea de incluso las que resultan de la conexión del daño con un acontecimiento distinto, en cuanto sea previsible, según los dejamos explicado en nuestra apostilla al art 516. No se responde de las consecuencias casuales.

Viene de la inmoralidad intrínseca y de la antijuridicidad del incumplimiento doloso la nulidad del pacto de dolo non praestando.
El deudor sólo puede excusar su responsabilidad con la prueba de que su imposibidad de cumplir la prestación no le es imputable, por caso fortuito o fuerza mayor anterior a su mora.

Art. 844. — Para que el deudor incurra en mora, debe mediar requerimiento judicial o extrajudicial por parte del acreedor, excepto en los casos siguientes:

1º) Cuando se haya estipulado expresamente que el mero vencimiento del plazo la produzca;

2º) Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resulte que la designación del tiempo en que ella debía cumplirse, fue un motivo determinante para el acreedor;

3º) Cuando la deuda deriva de hecho ilícito;

4º) Cuando, por ausencia u ocultación del deudor no fuere posible requerirle. En este caso, la intimación por declaración producirá los efectos de la mora;

5º) Cuando el deudor ha declarado por escrito que no quiere cumplir la obligación;

6º) Cuando ha vencido el término, si la prestación debe ser cumplida en el domicilio del acreedor. Si el término vence después de la muerte del deudor, sus herederos no quedarán constituídos en mora sino mediante intimación o requerimiento hecho por escrito después de vencido el plazo de luto legal y a partir del octavo día de la intimación o el requerimiento.

Ver: Sobre los dos primeros incisos, los incisos 1º y 2º del art. 509 del C. argentino.
Sobre el inc. 3º ver: inc. 1º del art. 1219 del C. italiano; inc. 3º del art. 1020 del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 3º del art. 572 del Proyecto argentino de 1936. El de Bibiloni dice: "delito", como si proviniendo la obligación de un hecho ilícito que no es delito, fuese menester la interpelación requerida para hacer incurrir en mora al deudor de una obligación lícita. Comprendiendo así, la Comisión argentina de reformas del Código, sin conocer el art. 1219 del C. italiano de 1942, substituyó la palabra "delito" por "acto ilícito", que nosotros, a nuestra vez, cambiamos por "hecho ilícito", como reza el modelo italiano.
Sobre el inc. 4º ver la nota de Bibiloni al art. 1020 de su Anteproyecto y las obras allí citadas.
Omitimos la reproducción del inc. 4º de ese precepto, porque la violación de una obligación que tenga por objeto una abstención o un hecho negativo, constituye de por sí incumplimiento, como lo preceptúa el art. 1222 del C. italiano. Así también lo habría comprendido la Comisión argentina de Reformas del Código al no incluir este caso en el art. 572 del Proyecto de 1936. Sobre el inc. 5º ver: el inc. 2º del art. 1219 del C. italiano.
Sobre el inc. 6º ver: el inc. 3º del art. 1219 del C. italiano.

Art. 845. — El deudor no puede ser considerado en mora si oportunamente ha hecho oferta de la prestación debida, aún cuando sea sin observar las normas indicadas en el Capítulo anterior, a menos que el acreedor la haya rechazado por un motivo legítimo.

Ver: art. 1220 C. italiano.

Art. 846. — El deudor no será responsable de los daños e intereses que se originen al acreedor por falta de cumplimiento de la obligación, cuando éstos resultaren de caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que el deudor hubiera tomado a su cargo las consecuencias del caso fortuito, o éste hubiere ocurrido por su culpa, o hubiere ya sido aquél constituído en mora, que no fuese motivada por caso fortuito, o fuerza mayor.

Ver: arts. 513 y 889 C. argentino; 1022 del Anteproyecto de Bibiloni; 574 del Proyecto argentino de 1936; 884 del Esboco de T. de Freitas.

Art. 847. — El deudor que está en mora no queda liberado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación que derive de causa no imputable a él, si no prueba que el objeto de la prestación habría perecido igualmente en poder del acreedor.

De cualquier modo que haya perecido o se haya extraviado una cosa substraída ilícitamente, su pérdida no libera a quien la ha substraído de la obligación de restituír su valor.

Ver: arts. 1221 C. italiano; 789 y nota y 892 C. argentino; 1480 C. holandés; 1447 C. austriaco; 2216 C. de Luisiana; 896 C. boliviano; 1229 del Esboco de T. de Freitas; 1302 C. francés; 1551 C. uruguayo; 1344 C.

venezolano; 1590 C. chileno; 1648 C. colombiano; 1646 C. ecuatoriano; 2166 C. nicaraguense; 1326 C. peruano; 831 inc. 1º C. costarricense.

Mora perpetuat obligationem, reza el proloquio latino, de donde viene que si el objeto de la obligación perece o si la prestación se hace imposible por caso fortuito posterior a la mora, la obligación no se extingue. Debe el obligado soportar el riesgo y peligro de la cosa que antes de la mora, era debida al acreedor. Mas desde Justiniano se viene admitiendo la regla según la cual el deudor se libera del riesgo si prueba que la cosa hubiera igualmente perecido en poder del acreedor, como lo explica Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 790 del C. argentino. Un terremoto, por ejemplo, dice él, que hubiera destruído o deteriorado la cosa lo mismo estando en poder del actual poseedor, que en poder de su verdadero dueño. Este es el gran principio de equidad del Derecho Romano: **Nullam injuriam, aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus.** La segunda parte de nuestro artículo pone a cargo del substractor de la cosa debida la obligación de restituir el valor de la cosa, pero no la de pagar daños y perjuicios.

Ver sobre este artículo, los arts. 1023 del Anteproyecto de Bibiloni y 575 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 848. — Constituye caso fortuito el hecho o la omisión que no se ha podido prever, o que previsto no ha podido evitarse.

Ver: arts. 514 C. argentino y 1024 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 849. — Los derechos y las obligaciones accesorios quedan subordinados a la existencia de la obligación principal, salvo disposición contraria de la ley. Su nulidad o extinción no influye sobre la existencia del crédito al cual accede.

Ver: arts. 1025 del Anteproyecto de Bibiloni; 576 del Proyecto argentino de 1936 y 524 y 525 del Código argentino.

Art. 850. — Las disposiciones sobre la mora no se aplican a las obligaciones de no hacer. Todo hecho realizado en violación de ellas, constituyen de por sí, incumplimiento.

Ver: arts. 1222 C. italiano; 1145 C. francés; 1923 C. de Luisiana; 1099 C. español; 1340 C. uruguayo; 1266 parág. 2º C. venezolano; 2028 C. mexicano; 883 C. brasileño; 1555 C. chileno; 713 C. portugués; 736 C. boliviano; 1612 C. colombiano; 1611 C. ecuatoriano; 1359 C. hondureño; 1190 C. peruano; 92 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 851. — El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo en la ejecución de la prestación, comprenderá el valor de la pérdida que haya sufrido, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor de la obligación, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de ello.

Ver: art. 1223 C. italiano; 1150 y 1151 C. francés; 1938 C. de Luisiana; 1282 C. holandés; 739 C. boliviano; 1106 y 1107 C. español; 1156 y 1158 C. chileno; 1345 y 1346 primera parte C. uruguayo; 249 y 252 C. alemán; 1271 y 1273 C. venezolano; 2107 a 2110 C. mexicano; 1323 C. austriaco; 706 y 707 C. portugués; 1059 C. brasileño; 1613 y 1614 C. colombiano; 1612 C. ecuatoriano; 1862, 1863 y 1860 C. nicaraguense; 1365 y 1366 C. hondureño; 1256 y 1257 C. peruano; 702 y 704 C. costarricense; 1441 a 1443 C. guatemalteco; 829 a 830 del **Esboço de T. de Freitas**; 1054 del Anteproyecto de Bibiloni; 595 del Proyecto argentino de 1936; 519 y 520 C. argentino.

El resarcimiento mira a restablecer el estado anterior al daño, consistente en la pérdida sufrida por el incumplimiento de la obligación. Es el **damnum emergens** del Derecho romano o disminución efectiva del patrimonio del acreedor. Abarca igualmente el valor o monto de la utilidad que éste esperaba obtener dentro de una gestión regular de sus negocios. Es el **lucrum cessan**, o frustación del aumento del valor económico que el acreedor pudo esperar del cumplimiento de la prestación, como ganancia.

Abandonada por el Derecho moderno la clásica distinción romana entre daño circa rem y daño extra rem, que ha dado lugar a tantas dificultades de orden práctico, no se admite hoy otra limitación de la indemnización debida por incumplimiento o por retardo que la derivada del requisito de que los daños y perjuicios sean sólo los que resulten como consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del retardo, porque son los únicos que el deudor de buena fe ha podido prever al tiempo de celebrar el contrato. Quedan así excluídos de la responsabilidad del deudor el daño indirecto o mediato y el daño ulterior que el acreedor pudo sufrir como consecuencia del incumplimiento.

Art. 852. — Los daños e intereses causados por culpa del deudor sólo comprenden los que se refieren a la prestación estipulada que él previó o pudo prever en el momento de contraer la obligación o de transgredirla por la ejecución culposa de un hecho.

Si fueren causados por dolo, comprenderán los sufridos por el acreedor en sus otros bienes si el daño fuere consecuencia necesaria del incumplimiento comprendida dentro del nexo causal, aunque el deudor no la hubiera previsto.

Arts. 520 y 521 del C. argentino; 1055 del Anteproyecto de Bibiloni; 1225 C. italiano; 1151 C. francés; 707 C. portugués; 1346 C. uruguayo; 1275 C. venezolano; 1558 C. chileno; 1225 C. italiano; 1616 C. colombiano; 1614 C. ecuatoriano; 1366 segunda parte, C. hondureño; 1860, 1861 y 1863 C. nicaraguense; 744 C. boliviano; 1060 C. brasileño.

Las consecuencias de la culpa por incumplimiento terminan donde empieza el caso fortuito.

Cuanto al incumplimiento por dolo del deudor, la indemnización se extiende más allá y alcanza al resarci-

miento del daño sufrido por el acreedor en sus otros bienes, siempre que este sea consecuencia necesaria del incumplimiento y se halle comprendido en el nexo causal, aunque el deudor no lo haya previsto al constituirse la obligación. Queda así excluido el damnum remotum.
Confróntese la apostilla de Bibiloni al art. 1055 de su Anteproyecto y lo que acerca de este particular dejamos explicado en los números 771 y 773 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 853. — Los daños e intereses consistirán siempre en una suma de dinero. Cuando se hubieren justificado con arreglo a las reglas precedentes, pero hubiera duda sobre su monto, lo fijará el juez con valoración equitativa en consideración a todas las circunstancias. Podrá librarlo al juramento estimatorio dentro de la suma que fijará.

Ver: arts. 1057 del Anteproyecto de Bibiloni y arts. 595 y 597 del Proyecto argentino de 1936 y art. 1226 C. italiano.

Art. 854. —Si el hecho culposo del acreedor ha concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento quedará disminuido según la gravedad de la culpa y la importancia de las consecuencias que de ella han derivado.

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria.

Ver: art. 1227 C. italiano, y art. 78 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Este precepto, sin antecedente en la legislación franco-italiana anterior, es una decisión paralela a la del art. 1111 del C. argentino, relativa a la culpa concurrente de la víctima de los hechos ilícitos que no son delitos, con la diferencia de que en tanto la concurrencia de la culpa de la víctima exime de responsabilidad extracontractual, la concurrencia de la culpa del acreedor en el incumplimiento o el retardo de la obligación de su deudor, sólo autoriza la disminución equitativa de la responsabilidad de éste en atención a los dos factores señalados en nuestro artículo: 1º) la mayor o menor gravedad de la culpa; y 2º) la importancia de las consecuencias que de ella han derivado.
Mas si el daño de que se trata fuese tal que el acreedor pudo evitarlo si hubiera observado la diligencia ordinaria, en el cumplimiento de la obligación a su cargo, cual sería la de constituirse a su debido tiempo al domicilio del deudor o al lugar indicado para recibir la prestación obligatoria, cuando tal obligación hubiere sido estipulada, o la de elegir en el lugar y tiempo convenido las cosas inciertas no fungibles que hubiere adquirido, cuando tal derecho se hubiere él reservado, no se deberá resarcimiento alguno.
La presente norma que mira a resolver la cuestión de la compensación de la culpa se funda en la necesidad de que entre el hecho y el daño exista un nexo de causalidad necesaria y adecuada, de suerte que, si en la producción del daño concurren más de dos causas, imputables a sujetos distintos, deben éstos, en sus relaciones internas, responder en proporción al grado de culpa eficiente atribuible a cada uno de ellos.
Esta decisión no es una novedad del Código italiano de 1942, pues, ya el art. 1304 del C. austriaco la consagró, de donde, sin duda, fue trasegada a los arts. 254 del C. alemán; 44 del Federal suizo de las Obligaciones y el 78 del Proyecto ítalo-francés del C de las Obligaciones y los Contratos. Así, el art. 254 del C. alemán estatuye que: **"Si cualquiera falta de la parte lesionada hubiera contribuído a causar el daño, la obligación de reparar y la cuestión de la reparación dependerán de las circunstancias, especialmente de la de saber si el perjuicio ha sido causado principalmente por una u otra parte".**
"También se aplicará esta disposición si la falta de la parte lesionada ha consistido únicamente en haber omitido llamar la atención del deudor acerca del peligro de causar un daño grande que el causante no conozca ni deba conocer, o haber omitido evitar o disminuir el perjuicio. También será aplicable por analogía lo dispuesto en el art. 278"; o sea que si la culpa concurrente es atribuible al representante legal o a la persona de quien el acreedor se sirva, se aplicará igualmente la compensación de culpa.
Se ha propuesto el ejemplo de un vehículo contratado por una persona en trance de viajar por tren para una hora determinada, pero que llega después que el tren ha partido y así ocasiona daño que el conductor del vehículo no ha podido prever. Como la culpa contractual induce responsabilidad sólo por los daños que el deudor previó o pudo prever, según lo preceptuado por el parágrafo 1º de nuestro art. 852 tal como también lo estatuye el art. 1150 del C. francés, el conductor que no fue advertido por el viajero del daño que por su retardo podría causarle, no sería responsable de él, por la imposibilidad de preverlo.
La falta de advertencia del viajero al conductor del vehículo ha influído de tal manera en la comisión del daño, que es justo computar su omisión, como culpa concurrente. (ver Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Saleilles y otros, opus cit. t. I, pág. 373).
Se comprenderá así lo preceptuado por el art. 44 del C. Federal suizo de las obligaciones, según el cual: **"El juez puede reducir los daños e intereses, o aun no acordarlos, cuando la parte lesionada ha consentido la lesión o cuando los hechos de que él es responsable han contribuído a causar el daño, o a aumentarlo; o a agravar la situación del deudor.**
"Cuando el daño no ha sido causado ni intencionalmente ni por efecto de una grave negligencia o imprudencia, y su reparación expondría al deudor a la penuria, pueda el juez reducir equitativamente los perjuicios e intereses".
La frase: **"ha consentido la lesión"** no debe entenderse en el sentido de una herida, sino sólo en el de haber asentido en correr el riesgo o en el de haber consentido el acto dañoso. Nuestra versión castellana del texto francés del C. alemán, no es todo lo exacta que debiera ser en relación al texto alemán, que tampoco pudo ser traducido con exactitud al francés. (Ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, nota 1ª al art. 44 del C. F. suizo, pág. 111).
El art. 78 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones, aun siendo más breve, dice en substancia lo mismo. Puede vérselo literalmente reproducido en el art. 158 parág. 2º del C. de las Obligaciones de Polonia.

Art. 855. — Salvo voluntad contraria de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos.

Ver: arts. 1228 C. italiano, y 278 C. alemán sin antecedente en la legislación anterior, ni en la francesa, ni en el Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones.
Explicando el origen de esta decisión nos remite Colagrosso al art. 1247 del C. italiano de 1865, según

el cual el deudor de una cosa cierta y determinada se libera entregándola en el estado en que se encuentra al tiempo de su consignación, con tal que el deterioro sobrevenido no provenga de hecho o culpa suya, o de la persona de quien responde, y él no hubiese incurrido en mora antes de producirse el deterioro. Otro precepto del citado Código que igualmente consagra el mismo principio es el art. 1588, análogo al 1735 del C. francés y al 1561 del C. argentino. Estatuye éste que el locatario: "debe conservar la cosa en buen estado y responder de todo daño que se causare por su culpa, o por el hecho de las personas de su familia que habiten con él, de sus domésticos, trabajadores, huéspedes o subarrendatarios". Otro tanto preceptúaba el art. 1644 del C. italiano abrogado, análogo al art. 1797 del C. francés, fuente del art. 1631 del C. argentino. Dispone éste, en efecto, que: "El empresario (en la locación de obra) es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupe en la obra".

Sobre estas bases, había la doctrina italiana anterior evidenciado que de las hipótesis arriba indicadas resulta racional y justo que valiéndose el deudor in utilibus de la actividad de las personas de su dependencia, como son los miembros de su familia o sus asociados en su interés, responda in damnosis del perjuicio que ocasionen, como si fuese por culpa propia. El legislador italiano de 1942 se limitó a extender esta doctrina al ámbito contractual sobre la base de que la causa de deber no imputable al deudor no es sino aparente, dado que la obra realizada por las personas de su dependencia no es un evento extraño al campo de la actividad y del ambiente económico del deudor (ver autor y opus cits. Parte Generale, pág. 98).

Art. 856. — Es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación.

Es nulo también cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituye violación de obligaciones impuestas por normas de orden público.

Ver: arts. 1229 C. italiano; 507 C. argentino; 1012 de Goyena; 1018, 2ª parte del Anteproyecto de Bibiloni. Cosa vieja es la nulidad del pactum de dolo non praestando, por ser contra bonam fidem y contra bonos mores el asegurarse preventivamente la irresponsabilidad por la inejecución dolosa de la obligación contraída Consagran esta sanción los arts. 276 in fine del Código alemán, según el cual: "No podrá relevarse de antemano al deudor de la responsabilidad de sus actos voluntarios" y el art. 100 del C. Federal suizo de las Obligaciones, el cual estatuye que: "Es nula toda estipulación enderezada a liberar por anticipado al deudor de la responsabilidad en que podría incurrir por dolo o culpa grave. Puede el juez, en virtud de su poder de apreciación, tener por nula una cláusula que libere por anticipado al deudor de toda responsabilidad por culpa leve, si el acreedor, al tiempo de renunciar a perseguir a su acreedor, estaba a su servicio, o si la responsabilidad resulta del ejercicio de una industria concedida por la autoridad".

"Las reglas particulares del contrato de seguro quedan reservadas".

No debe confundirse el pactum de dolo non praestando sancionado por estos preceptos y por el art. 105 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos y el parág. 2º del art. 240 del C. de las Obligaciones de Polonia, con el pactum de culpa lata non praestanda, con el cual ofrece tangencias que punto menos que los confunde, por la asimilación de la culpa lata con el dolo. Este pacto, inserto en los contratos de las grandes compañías de transporte ferroviario y marítimo, ha suscitado graves dudas acerca de su validez. No hay duda, dice a este propósito Esmein, que ella estimula la negligencia, al liberar o atenuar sus enojosas consecuencias para aquel que se hace culpable y así entraña pérdidas perjudiciales a la sociedad, al mismo tiempo que al interesdo. El que estipula una tal irresponsabilidad, en realidad no se obliga a nada. El acreedor no ha podido querer esto, aun cuando la obligación sea a título gratuito. Esto, agrega, no quiere decir que la convención de irresponsabilidad carezca en absoluto de valor. Debe investigarse la común intención de las partes en los términos expresados y dar a la convención, en presencia de los dos sentidos posibles el que permita atribuirle efecto. Ahora bien, las partes han querido obligarse pero modificando las condiciones legales de la responsabilidad. En este orden de ideas, pueden ellas modificar la carga de la prueba tal como ésta resulta de los principios, en cuanto al carácter culposo de la inejecución. Como muy frecuentemente el deudor contractual es responsable con la sola prueba de la inejecución, sería una modificación importante que el acreedor quedara obligado a probar que la inejecución es imputable a una culpa del deudor, modificación que no haría desaparecer la realidad del compromiso, ni destituiría de causa la obligación de la otra parte. Esta solución, dice nuestro autor, según la cual la cláusula de irresponsabilidad no es nula, sino que sólo produce una simple inversión de la carga de la prueba, ha sido adoptada por la doctrina y por la jurisprudencia a despecho de ciertos decretos que han podido parecer que condenaban en absoluto la cláusula (ver autor cit. in Planiol y Ripert, opus cit. t. VI, nº 400, pág. 560).

Tratando Bonnecase de aclarar si la cláusula de irresponsabilidad contractual puede jurídica, científica y prácticamente admitirse por su inserción en los estatutos corporativos de una empresa industrial, comercial o agrícola, o en un acto jurídico aislado, comparte el parecer favorable de Esmein en relación a su forma o sea de condición a la cual las partes han subordinado la formación del contrato. Más por referencia a la generalización de dicha cláusula en los estatutos de las grandes empresas industriales, comerciales o agrícolas, y por la cual se declaran por anticipado irresponsables de la ejecución defectuosa de los contratos celebrados con ellas, juzga que ella reviste una trascendencia grave y extensa, en cuanto está prácticamente destinada a no ser al fin de cuentas sino una apariencia contractual, desde, que sólo se logra su fin por efecto de los contratos concluídos con la empresa, los cuales se condicionan, expresa o implícitamente, a la cláusula de irresponsabilidad de sus estatutos. Nada impide, agrega nuestro autor, que dicha cláusula tenga en la práctica caracter unilateral, en cuanto, dado el poder de las grandes empresas, es impuesta y aceptada, como contrato de adhesión. Tal es el proceder de las empresas marítimas, de las sociedades de armamentos y las de clasificación de navíos.

Ella ha sido durante largo tiempo en Francia convalidada por los especialistas del Derecho marítimo y consagrada, siquiera con grandes vacilaciones, por la jurisprudencia de la Corte de Casación. Es el resultado de la célebre doctrina de la autonomía del derecho comercial marítimo que pretende ver en esta parte del derecho una rama independiente, que se basta a sí misma, en lugar de considerar que sólo es una rama del Derecho comercial general, la que, como tal, tiene sus fundamentos en el Derecho privado.

El legislador francés no se ha pronunciado de una manera expresa y general sobre las cláusulas de irresponsabilidad. Se ha limitado á proclamar su nulidad en ciertas materias, como los accidentes de trabajo (art. 30 de la Ley del 9 de abril de 1898), regidos por el principio según el cual la responsabilidad del patrón se funda en el riesgo creado. Por Ley del 17 de marzo de 1905 quedó derogado el art. 103 del C. de comercio, según el cual, el "acarreador es garante de la pérdida de los objetos transportados, salvo el caso de fuerza mayor; y de las averías que no provengan de los vicios propios de la cosa o de fuerza mayor. Toda cláusula contraria inserta en los contratos, tarifas de transporte o cualquier otro documento, es nula".

Mas por ley del 31 de mayo de 1924 el legislador francés admitió, en cierta medida, la cláusula de

irresponsabilidad en materia de navegación aérea, ya se trate de personas o mercaderías, a condición de que al partir la aeronave esté en buen estado de navegabilidad y munido el personal de certificados reglamentarios. (ver autor cit. **Supplément**, t. II, Nº 515 a 519, pág. 633 y ss.).
Baudry Lacantine y Barde (t. XII, Nos 360 a 361, pág. 406; y Baudry Lacantine y Wahl, t. XXII. Nos 3550 y ss., 3605 y ss., y 3618, págs. 883) se inclinan a admitir la validez de la cláusula de irresponsabilidad en su aplicación al contrato de transporte.
Mas después de la aparición de la 3ª edición de la obra de Baudry Lacantinerie la Corte de Casación francesa decidió que la cláusula de irresponsabilidad es nula, como contraria al orden público. Reconoció, empero, que por una inversión de la carga de la prueba en materia contractual, se pueda destruir la presunción de culpa que pesa sobre el deudor de la obligación incumplida.
La misma Corte admitió en materia de transporte marítimo la validez de la cláusula de irresponsabilidad en lo que concierne tanto a la culpa náutica como a la culpa comercial de los empleados del armador. Este se exime de su responsabilidad por la inversión de la carga de la prueba estipulada en sus contratos.
Finalmente, Bonnecase enseña a distinguir la cláusula de irresponsabilidad contractual por la que el deudor entiende substraerse a la reparación del perjuicio resultante de su incumplimiento o su demora, del seguro, con el que se ha pretendido equipararla. En efecto, el que contrata un seguro de responsabilidad contempla el mejor medio de reparar el perjuicio que puede causar a su acreedor. (ver autor y opus cits. t. II, Nº 535, pág. 663).
Han de bastar esos antecedentes de doctrina para comprender el alcance de nuestro art. 856, por el cual se sanciona con la pena de nulidad no sólo la cláusula de irresponsabilidad por dolo, sino también y fuera de este caso, todo pacto, previo de exoneración o de limitación de la responsabilidad contractual relativa a los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituye violación de obligaciones impuestas por normas de orden público, como por ejemplo, la que el art. 797 de este Código impone al deudor y al acreedor de conducirse en el cumplimiento de la obligación según las reglas de la corrección y la buena fe. Este precepto es de orden público.
Fuera de la hipótesis de una norma de orden público sería válida la cláusula de irresponsabilidad de los auxiliares del deudor, porque si es contrario al orden público y a las buenas costumbres la cláusula de la irresponsabilidad propia por dolo, no lo sería la que permitiese exonerar de responsabilidad derivada del hecho de un auxiliar, tal como expresamente lo preceptúan los arts. 278 **in fine** del C. alemán y el parágrafo 2º del art. 101 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Ver en este sentido; Colagrosso **Parte Generale**, pág. 100).

Art. 857. — En las obligaciones que tienen por objeto una suma de dinero, sin intereses estipulados, se deben los intereses legales del 6% anual desde el día de la mora, aun cuando no se debieran anteriormente y aun cuando el acreedor no pruebe haber sufrido algún daño. Si antes de la mora se debían intereses en medida superior a la legal, los intereses moratorios se deben en la misma medida.

Ver: art. 1224 C. italiano; 621 y 2248 C. argentino; 1153 C. francés; 1285 C. holandés; 1928 C. de Luisiana; 746 C. boliviano; 1062 y 1262 C. brasileño; 216 y 248 C. alemán; 995 y 1333 C. austriaco; 1640 C. portugués; 1108 parte 2ª C. español; 2207 C. uruguayo; 1746 C. venezolano; 2395 C. mexicano; 2207 C. chileno; 2232 C. colombiano; 2230 C. ecuatoriano; 102 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1092 y 1093 del Anteproyecto de Bibiloni y 598 del Proyecto argentino de 1936.
Nos apartamos del art. 1224 **in fine** del C. italiano por el que se preceptúa que: "Al acreedor que demuestra haber sufrido un daño mayor le corresponde el ulterior resarcimiento. Este no se debe si se ha convenido la medida de los intereses moratorios", lo mismo que tampoco nos ceñimos al texto del art. 1092 del Anteproyecto de Bibiloni, por el que también se dispone que no estipulándose la tasa del interés, se deben los intereses compensatorios del contrato desde la mora, porque entendemos que esta cuestión debe ser tratada a propósito del mútuo.

CAPITULO VI

De los derechos del acreedor

Art. 858. — Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son:
1º) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor que ha incurrido en incumplimiento o mora le procure la prestación a que está obligado;
2º) Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor;
3º) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes.

Ver: art. 505 del C. argentino; 1017 del Anteproyecto de Bibiloni; y 568 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VII

De los modos de extinción de las obligaciones, distintas del incumplimiento: De la Novación

Art. 859. — La novación es la extinción convencional de una obligación válida por la constitución de otra, con objeto, sujeto o título distinto, destinada a reemplazar a aquélla.

La voluntad de extinguir una obligación no se presume. Debe ella ser expresa.

Ver: arts. 801 y 812 C. argentino; 1271 y 1273 C. francés; 802 y 803 C. portugués 1230 C. italiano; 1376 y 1377 C. austriaco; 1449 C. holandés; 2181 C. de Luisiana; 1156, 1203 y 1204 C. español; 364 y 414 C. alemán; 116 C. Federal suizo de las Obligaciones; 263 y 264 C. de las Obligaciones de Polonia; 1525 C. uruguayo; 1314 y 1315 C. venezolano; 1290 C. peruano; 814 y 815 C. costarricense; 2213 a 2215 C. chileno; 1687 a 1690 C. colombiano; 1684 a 1687 C. ecuatoriano; 1481 a 1483 C. hondureño; 2095, 2096 C. nicaraguense; 862 y 863 C. boliviano; 999 C. brasileño; 1121 del Esboco de T. de Freitas; 199 y 200 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 1209 del Anteproyecto de Bibiloni; 732 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese lo que dejamos explicado en el Nº 1646 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Una aclaración debemos sobre el método adoptado en esta materia por este Código. Nos ceñimos al modelo del C. italiano de 1942, porque convenimos con él en que la novación no es tanto un substitutivo del pago, como un modo de extinción de las Obligaciones, distinto del pago que supone el cumplimiento específico de la prestación obligatoria. En el mismo orden sigue la regulación de la remisión, la compensación, la confusión y la imposibilidad de pago sobrevenida por causa no imputable al deudor, como se verá más adelante.

Siendo así, nos apartamos del Código argentino y de la reforma esbozada por Bibiloni, quien, sin embargo de decir que la obligación no se extingue porque haya substitución de acreedor, como acontece en la cesión de créditos, y en el pago con subrogación; ni aún cuando se haya pactado expresamete la novación, si el nuevo deudor está legalmente subrogado, trajo el estatuto regulador de la novación a los arts. 1209 a 1212, entre los modos de pago (ver t. II, pág. 99 y ss., edición Kraft).

Como se ve, la discrepancia entre los compiladores de la reforma del C. argentino y los del C. italiano de 1942, es fundamental: lo que para éstos es un modo de extinción de las obligaciones distinto del incumplimiento, para aquéllos es un modo de pago situado jurídicamente en el mismo nivel del pago por antonomasia, la imputación del pago, el pago por sobrogación y la dación en pago.

Es lo más singular que diciéndonos Bibiloni que el art. 1209 es directamente inspirado en el art. 364 del C. alemán, lo ubique entre los sucedáneos del pago, al propio tiempo de afirmar que por la novación no se extingue la deuda, cuando el art. 364 del C. alemán estatuye que: "**La obligación se extinguirá cuando el acreedor acepte a título de ejecución una prestación distinta de la que le sea debida**", y Enneccerus explique la novación entre los modos de extinción de las obligaciones, distintos del pago propiamente dicho, de la consignación y la compensación (ver autor y opus cits. Derecho de Obligaciones, t. I, parág. 75, pág. 362)

Lo que ocurre de verdad es que la concepción germana de los clásicos institutos del Derecho romano, formada a través de sus milenarias costumbres y prácticas judiciarias, es distinta de la concepción latina. Al Derecho así formado se le llama Pandectas, según el cual en el derecho común y en el C. alemán han desaparecido las razones que forzaron a los romanos a practicar en la forma de novación toda alteración de importancia de la relación obligatoria, según así lo explica el propio Enneccerus (opus cit. t. I, pág. 364).

Según el derecho romano, agrega Enneccerus, una obligación existente, conservando su identidad, no podía ser transferida ni a otro acreedor, ni a otro deudor, ni tampoco alterarse esencialmente en su contenido. Para lograr estos fines económicos constituíase, por tanto, una nueva obligación entre las personas y con el contenido que se desease, lo cual, dada la ineficacia de los contratos obligatorios no ajustados a forma, sólo podía hacerse mediante stipulatio o, según el derecho antiguo, por contrato literal, combinándose con esta constitución de una nueva obligación (si se hacía con la finalidad de transformación, novandi animo) la extinción de la antigua obligación. Así, en el derecho romano, toda modificación esencial se traduce en una novación, esto es, **la extinción de la deuda existente mediante constitución de una nueva obligación abstracta, que ocupa el lugar de aquélla**" (pág. 363).

Mas los germanos, reñidos por temperamente con la manera de contratar romana por medio de una stipulatio, ni avenidos a admitir que por el cambio de los sujetos, activo y pasivo de la relación obligatoria, quede aniquilada ésta, concibieron manera de dejarla subsistente en su identidad aun en el caso de modificarse la prestación debida en cuanto a su contenido, lugar, tiempo y condiciones, por un contrato de modificación, o de transmitir el crédito a un nuevo acreedor, por vía de cesión, o de asumir la deuda un nuevo deudor, por medio de la asunción de deuda, figura extraña al Derecho de los pueblos de raza latina. (Enneccerus, opus cit. pág. 364).

Y es esto mismo lo que Bibiloni sostiene en su larga y substanciosa apostilla al art. 1209 de su Anteproyecto que si es trasiego directo del art. 364 del C. alemán, como él lo confiesa (ver autor y opus cits. t. II, pág. 101), no es la novación del Derecho tradicional de los pueblos del occidente de Europa y de esta parte de nuestro hemisferio, sino la dación en pago, tal como Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y otros lo explican en su versión francesa del Código alemán, según puede verse en el t. I, pág.517 de su obra varias veces ya citada. Agregan estos autores que "la prestación que forma el objeto de la dación en pago puede consistir no sólo en una transferencia de propiedad sobre una cosa distinta de la debida, sino también en el hecho de parte del deudor de contratar una nueva obligación, caso en el cual es una novación sin cambio de personas productora, como toda dación en pago extingue la antigua deuda. Es la concesión que el Código Civil hace a la novación propiamente dicha, en tanto ella se distingue de la cesión de deuda o de crédito. El art. 364 no contempla la hipótesis de que la nueva deuda haya sido contratada con un nuevo deudor, sino la novación contratada sin que haya cambio de persona. En este último caso, la ley admite una presunción que no puede aplicarse al caso de obligación nueva contratada con un tercero. En efecto, la segunda parte del art. 364 preceptúa que: "**Si el deudor, con el objeto de desinteresar al acreedor, contrae a su favor una nueva obligación, no debe admitirse en caso de duda, que él se haya obligado para hacer novación**", de donde se infiere que la dación en pago del art. 364 no supone la intervención de ningún tercero que substituya al primitivo deudor, sino la propia del deudor, (ver autores cits. Code Civi Allemand, t. I, pág. 517).

Siendo así como lo es, se comprenderá que nos apartemos en este punto de la valiosa aportación doctrinal de Bibiloni y que, en cambio, nos ciñamos a los moldes del art. 1230 del C. italiano de 1942, con pequeños agregados que no alteran su substancia.

Art. 860. — El libramiento de un documento o su renovación, la adición o eliminación de un vocablo y cualquier otra modificación accesoria que no recaiga sobre el objeto principal, como las alteraciones relativas al tiempo, lugar o modo de cumplimiento, serán consideradas que sólo modifican la obligación, pero no que la extinguen.

Ver: arts. 1231 C. iteliano; 812 segunda parte del C. argentino; 1142 del Esboco de T. de Freitas; 1540 C. uruguayo; 1319 C. venezolano; 1000 C. brasileño; 1273 C. francés; 1204 C. español; 803 C. portugués; 116 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1634 C. chileno; 865 C. boliviano; 2215 C. mexicano; 1693 C. colombiano; 1690 C. ecuatoriano; 2100 C. nicaraguense; 1483 C. hondureño; 1290 C. peruano; 2190 C. de Luisiana; 815 C.

costarricense; 264 C. de las Obligaciones de Polonia; 200 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1209 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 732 In fine del Proyecto argentino de 1936.
La novación no se presume. Debe en ella ser expreso el animus novandi. Basta la duda para que se presuma que la nueva obligación no causa novación. Para salir de ella, la doctrina y la jurisprudencia se han valido de la incompatibilidad de ambas obligaciones. En caso afirmativo, hay novación. Viene de aquí que se haya negado carácter novativo a la simple modificción de la obligación precedente, sea en cuanto a la forma del título, a la prórroga o abreviación del plazo, al agregado o supresión de la garantía real o personal de ella, al cambio del lugar del pago, a la transformación de una obligación simplemente mancomunada en solidaria, al aumento o disminución de la tasa del interés etc.
Se ha atribuído, en cambio, efecto novativo a la convención por la cual se añade o quita una condicióón á que estaba subordinada la obligación; la que cambia una obligación simple en alternativa; porque se estima que en tales casos se produce un cambio substancial en la obligación, siempre que el animus novandi sea evidente (ver Colagrosso, opus cit. Parte Generale, pág. 103 y D'Amelio y Finzi, opus cit. t. I, pág. 123).

Art. 861. — La novación no sólo extingue la obligación principal sino también las accesorias contraídas para asegurar su cumplimiento. El acreedor sin embargo puede, por una reserva expresa, impedir la extinción de los privilegios, prenda o hipoteca del antiguo crédito, que así pasan a garantizar la nueva. Si el deudor es el mismo, y los bienes gravados son de su pertenencia, la reserva no exige su intervención.

El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubieren tenido parte en la novación llevada a cabo por cambio de deudor, a menos que el tercero lo consienta.

Ver: arts. 803 y 804 C. argentino; 1232 C. italiano; 1278 C. francés; 2191 C. de Luisiana; 1207 C. español; 807 C. portugués; 1003 C. brasileño; 1642 C. chileno; 1534 y 1535 C. uruguayo; 870 y 871 C. boliviano; 1320 C. venezolano; 1287 C. peruano; 1700 y 1701 C. colombiano; 1697 y 1698 C. ecuatoriano; 1486 C. hondureño; 2105 y 2106 C. nicaraguense; 820 C. costarricense; 266 del C. de las Obligaciones de Polonia; 203 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1124 del Esboço de T. de Freitas; 1210 del Anteproyecto de Bibiloni; 733 del Proyecto argentino de 1936 (ver además Exposición de Motivos del C. francés al Cuerpo Legislativo In Fenet, XIII, pág. 277; Marcadé opus cit. t. IV, Nº 780, pág. 626, 7ª edición; y Giorgi, opus cit. t. VII, Nº 430, pág. 501).

Art. 862. — Los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito originario se extinguen, si las partes no convienen expresamente en mantenerlos para el nuevo crédito.

Ver: art. 1232 C. Italiano.

Art. 863. — Si la novación se efectúa entre el acreedor y uno de los deudores solidarios con efecto liberatorio para todos, los privilegios, la prenda y las hipotecas del crédito anterior pueden reservarse solamente sobre los bienes del deudor que hace la novación.

Ver: art. 1233 C. Italiano; 810 C. argentino; 1127 del Esboço de T. de Freitas; 1005 C. brasileño; 808 y 809 C. portugués; 1643 segunda parte y 1645 C. chileno; 1537 segunda parte y 1539 C. uruguayo; 872 C. boliviano; 1322 C. venezolano; 2222 C. mexicano; 1702 C. colombiano; 1699 C. ecuatoriano; 2109 C. nicaraguense; 820 C. costarricense; 2193 C. de Luisiana; 1280 C. francés; 205 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
El presente artículo, aun siendo análogo al 810 del C. argentino, en lo que respecta a la novación ajustada con uno de los deudores solidarios, se aparta de él en lo que aquel precepto equipara las obligaciones indivisibles a las solidarias, pues, si en ambas se da la unidad de prestación, la de las obligaciones indivisibles proviene de la naturaleza del objeto de la obligación (un espejo, una piedra de brillante, un caballo, etc.) de sujetos pasivos múltiples, al paso que la de las obligaciones correales o de solidaridad perfecta, proviene de la unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas, aun siendo divisible el objeto de la prestación, como sería una suma de dinero. No hay, pues, manera de equipararlas.
La decisión de nuestro artículo es acorde con el principio según el cual es lícito a las partes reservar en la novación cualquier derecho que no sea incompatible con la nueva obligación y acumular todos los beneficios de dos obligaciones que no sean lógicamente incompatibles entre sí, dado que no exista principio alguno de orden público que lo prohiba. Siempre que con ello no se cause perjuicio a terceros, quedan a salvo las excepciones que el deudor podría oponer a la acción ejercida por el acreedor, tal como Giorgi lo explica en el t. VII, Nº 436, pág. 505, y así también lo admiten Golagrosso, Parte Generale, pág. 106 y D'Amelio y Finzi, t. I, Nº 2, pág. 126.
Si los bienes empeñados o hipotecados pertenecen a terceros, se estará a lo dispuesto en la segunda parte de nuestro art. 860 porque la reserva que el acreedor puede hacer de las garantías del primitivo crédito en la novación ajustada con uno de los codeudores solidarios, tampoco puede perjudicar a terceros, quienes si manifiestan su conformidad, podría la garantía reservarse sobre sus propios bienes, según así Pothier lo explica en su Traité des Obligations, Nº 599, pág. 317 (Oeuvres, t. II).
Si se cancelaran en el Registro las hipotecas constituídas sobre bienes de terceros por efecto de la novación de la deuda primitiva ajustada por el acreedor con uno de los correos de la solidaridad, y el pacto novativo fuese anulado, por error, dolo o violencia, la nulidad declarada por los jueces volvería las cosas a su primitivo estado, y la hipoteca cancelada revivirías, como en la hipótesis del artículo siguiente (ver D'Amelio y Finzi, t. I, Nº 3, pág. 127).

Art. 864. — Si el acreedor que tiene alguna garantía particular o privilegio en seguridad de su crédito, aceptare de su deudor billetes subs-

criptos en pago de la deuda, no hace novación de la primera obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra obligación.

Ver: art. 813 y 3202 del C. argentino. El que recibe billetes o letras, dice Vélez Sarsfield en su apostilla al 813 de su Código, diciéndose en ellos que se reciben en pago de la deuda, no causa novación, porque el recibo en esos papeles de crédito es hipotético, si ellos fueren pagados. Por lo demás confróntese lo que acerca de este precepto explicamos en el t. III, Nº 1666, pág. 139 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 865. — La novación queda sin efecto si no existe la obligación originaria.

Si la obligación originaria derivare de un título anulable, la novación será válida si conociendo el deudor el vicio de aquélla, asumiere válidamente la nueva deuda.

Ver: art. 1234 C. italiano y 206 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Sin antecedentes en el C. francés y en el C. italiano abrogado. Mas la presente norma no es sino consecuencia lógica de lo estatuido en el art. 859 del presente Código, en cuando mal se puede novar una obligación inexistente, o aquella cuyo título está viciado de error, dolo o violencia, a menos de que el deudor a sabiendas de su anulabilidad, la confirmase por una nueva, exenta de tales vicios.
Como en los Nºs 95 y ss., de nuestro Tratado de las Obligaciones hemos prestado nuestra adhesión a la doctrina negativa de la obligación natural en el Derecho moderno, ocioso es que no podamos admitir la posibilidad jurídica de que una obligación natural pueda ser objeto de novación.

Art. 866. — Si un nuevo deudor se substituye al originario que queda liberado, se observarán las normas relativas a la delegación y la expromisión.

Ver: art. 1235 C. italiano; 814 a 816 C. argentino; 1271 inc. 2º C. francés; 802 inc. 2º C. portugués; 1376 y 1377 C. austriaco; 1449 C. holandés; 2185 C. de Luisiana; 1205 C. español; 867 C. boliviano; 1526 inc. 3º C. uruguayo; 1317 C. venezolano; 999 inc. II C. brasileño; 364 inc. 2º C. alemán; 1631 inc. 3º y 1635 C. chileno; 1690 inc. 3º y 1694 C. colombiano; 1687 inc. 3º y 1691 C. ecuatoriano; 1482 y 1484 C. hondureño; 2096 inc. 3º C. nicaraguense; 1287 C. peruano; 199 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 867. — Habrá novación por substitución de acreedor en el único caso de haberse hecho con consentimiento del deudor el contrato entre el acreedor precedente y el que lo substituye.

Ver: arts. 817 C. argentino; 1148 del Esboço de T. de Freitas; 1271 inc. 3º C. francés y demás códigos citados en la nota anterior.

Art. 868. — Si el contrato entre el acreedor precedente y el otro que lo substituye fuere hecho sin el consentimiento del deudor, no habrá novación, sino una cesión de derechos.

Ver: art. 1149 del Esboço de T. de Freitas.

CAPITULO VIII

De la remisión de la deuda

Art. 869. — Sin necesidad de la aceptación del deudor y sin sujeción a formalidad alguna, la remisión o condonación total o parcial de la deuda, hecha por el acreedor y comunicada a aquél, extingue la obligación, aun cuando ésta haya sido constituida bajo ciertas condiciones de forma, a menos que en un término prudencial y adecuado haya el deudor notificado al acreedor que no quiere aprovecharse de ella.

La remisión puede ser expresa o tácita.

La aceptación del deudor hace irrevocable la remisión.

Ver: arts. 1236 C. italiano; 397 C. alemán; 115 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1187 C. español; 1282 C. francés; 2195 C. de Luisiana; 208 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 270 C. de las Obligaciones de Polonia; 1053 C. brasileño; 1652 y 1653 C. chileno; 1515 y 1517 C. uruguayo; 1326 C. venezolano; 875 C. boliviano; 2209 C. mexicano; 1711 C. colombiano; 1708 C. ecuatoriano; 2117 C. nicaraguense; 1465 C. hondureño; 1298 C. peruano; 821 C. costarricense; 2316 C. guatemalteco; 868, 875 y 877 C. argentino; 1240 del Anteproyecto de Bibiloni y 740 del Proyecto argentino de 1936; 1111 del Esboço de T de Freitas.

La remisión es un acto unilateral de voluntad del acreedor para cuya perfección no se requiere ninguna voluntad recepticia.
Mas una cosa es la perfección del acto y otra su irrevocabilidad, que depende de la aceptación del deudor. Antes de su aceptación, puede el acreedor revocar la declaración de su liberalidad. Aceptada ésta, adquirirá carácter contractual y devendrá una donación.
El deudor empeñado en pagar su obligación, puede rechazar la remisión.
La mayor parte de los códigos citados en la presente nota condicionan la remisión expresa a las formas de la donación. Mas contra esta decisión estatuye el art. 885 del C. argentino que: "No hay forma especial para hacer la remisión expresa aunque la deuda conste de un documento público", lo que es conforme con la regla del art. 974 del mismo Código, según el cual: "Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren conveniente". precepto reproducido en este Código. No otra podía ser la norma de nuestro derecho, dado que por lo que llevamos dicho, la remisión es un acto de pura consensualidad, regido por el principio de la libre elección de la forma, tal como lo explicamos en el Nº 592 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Mas la libertad de las formas no es la libertad de la prueba. Por el art. 778 de este Código se estatuye que: "Los actos jurídicos a que se refiere el art. 777, cuyo valor exceda de quinientos guaraníes, no podrán probarse por testigos, aunque medie conformidad de partes o el actor reduzca sus pretensiones a ese límite".
Explícase así lo estatuido por el art. 115 del C. Federal suizo de las obligaciones, según el cual: "No es necesaria forma especial alguna para anular o reducir convencionalmente un crédito, aun cuando según la ley o la voluntad de las partes, la obligación no ha podido constituirse sino bajo ciertas condiciones de forma", y así también lo estatuye nuestro art. 869, siempre en consideración a la naturaleza consensual de la declaración remisiva del acreedor. Ahora, si el crédito condonado es mayor de quinientos guaraníes, su remisión no podrá probarse por testigos. Y si el crédito fuese hipotecario, inscripto en el Registro de Hipotecas, la carta de cancelación y pago otorgada, aun como liberalidad del acreedor, no podrá inscribirse en el mismo Registro, si no es autorizada por ante Notario y Escribano Público. Este requisito no es derogatorio del principio de libertad de formas de los actos consensuales, sino porque tratándose de la cancelación de un derecho real, como es la hipoteca, la forma es consubstancial con la voluntad de sus otorgantes, tal como se infiere del art. 3128 del C. argentino.

Aun siendo suficiente la declaración unilateral del acreedor notificada al deudor de haberle condonado el crédito, nada empece que la remisión revista carácter contractual por acuerdo solutorio de acreedor y deudor cuando éste tenga un efectivo interés en el cumplimiento de la obligación. Y aun siendo por definición un acto de liberalidad la remisión, tampoco nada impide que sea hecha a título oneroso, como puede tener lugar por vía de transacción, en cuanto la transacción es una renuncia recíproca de derechos.
La remisión produce más que una excepción, en cuanto paraliza perentoriamente la acción del acreedor. Viene de aquí que Mainz la compare con el pactum de non petendo, muy usado en Roma, el cual, sin ser una liberalidad ni importando la condonación de la deuda, obligaba a no perseguir en juicio la ejecución del crédito (ver autor cit. Cours de Droit Romain, t. II, parág. 295, pág. 577 y Colagrosso, opus cit. Parte Generale, pág. 109).

Art. 870. — La restitución voluntaria del instrumento privado original del crédito hecha por el acreedor capaz de enajenar, al deudor capaz de adquirir, constituye prueba de la liberación también de sus herederos y codeudores solidarios.

Si el título del crédito tiene forma pública, la entrega voluntaria de la copia fehaciente de él hace presumir la liberación, salva la prueba en contrario.

Ver: arts. 1237 C. italiano; 878, 879, 880 y 881 C. argentino; 1283 y 1284 C. francés; 1188, 1189 y 1190 C. español; 2195 segunda parte y 2196 C. de Luisiana; 1222, 1227 del Esboço de T. de Freitas; 1243 del Anteproyecto de Bibiloni; 742 del Proyecto argentino de 1936; 209 y 210 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos.
La entrega voluntaria del instrumento privado original de la deuda, constituye una presunción iuris et de iure de la liberación.
La del título de crédito de forma pública, sólo crea una presunción hominis que admite prueba en contra, pues, una copia puede obrar en poder del deudor que no le haya sido entregada por el acreedor, sin anotación del pago o remisión del crédito. En este caso, será de cargo del deudor probar que el acreedor se lo entregó por remisión de la deuda, como lo estatuye el art. 879 del C. argentino.

Art. 871. — La renuncia del acreedor a las garantías de la obligación no hace presumir la remisión de la deuda.

Art. 1238 C. italiano; 880 segunda parte del C. argentino; 1287 segunda parte C. francés; 1478 C. holandés; 212 segunda parte del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1242 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 872. — La remisión acordada al deudor principal libera a los fiadores. La remisión acordada a uno de los fiadores no libera a los otros más que en cuanto a la parte del fiador liberado. Sin embargo, si los otros fiadores han consentido la liberación, quedan ellos obligados por la totalidad.

Ver: art. 1239 C. italiano; 832 C. argentino; 1287 C. francés; 1478 C. holandés; 2201 C. de Luisiana; 1190 C. español; 848 C. portugués; 1523 C. uruguayo; 1328 C. venezolano; 2210 C. mexicano; 2319 C. guatemalteco; 824 C. costarricense; 880 C. boliviano; 2128 C. nicaraguense; 1468 C. hondureño; 212 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 122 del Esboço de T. de Freitas; omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936.
No hace falta agregar que la remisión hecha al fiador no libera al deudor principal, porque se trata de una verdad de intuitiva evidencia. Era sí, necesario estatuir que siendo varios o más de uno los fiadores, la remisión hecha a uno de ellos no libera a los otros sino en cuanto a la parte del fiador liberado, y que consintiendo los otros en la liberación, quedarán obligados por el todo, porque se entiende que su consentimiento equivale a la renuncia del beneficio de división que corresponde a cada fiador en sus relaciones entre sí.

Art. 873. — Si el fiador hubiere pagado al acreedor una parte de la obligación para obtener su liberación, tal pago debe ser imputado a la deuda principal, a beneficio del deudor y de aquellos que han prestado garantía en seguridad del cumplimiento de la obligación; pero si posteriormente el acreedor hiciere remisión de la deuda, el fiador que hizo el pago parcial no podrá repetir lo que hubiere pagado.

Ver: art. 883 C. argentino; 1240 C. italiano; 1288 C. francés; 1330 C. venezolano; 1524 C. uruguayo; 2202 C. de Luisiana; 881 C.boliviano; 213 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligacionse y los contratos.
Este precepto, como su modelo original, el art. 1288 del C. francés, impide que el fiador y el deudor principal convengan en que la suma pagada por el primero al segundo, no sea imputada a la deuda principal tal como lo enseñan Demolombe, t. XXVIII, Nº 471, pág. 338; Marcadé, t. IV, art. 1288, Nº 813, pág. 650; Colmet de Santerre, t. V, Nº 238 bis, pág. 431; Larombiere, t. III, sobre el art. 1288, Nº 3, pág. 616; Rouast, Savatier y Lepargneur, in Planiol y Ripert, t. XI, Nº 1555, pág. 911. No faltan opiniones contrarias, como las de Huc, Laurent y otros que al favor de la opinión que Dumoulin y Pothier expresaron acerca de la posibilidad de que la suma recibida del fiador no se imputase a la deuda principal, como justo precio del riesgo de la eventual insolvencia del deudor a que está expuesto el acreedor, pretenden que el contrato así celebrado entre el acreedor y fiador es aleatorio, razón por la cual tiene el acreedor el derecho de no ajustarlo a cambio de una ganancia.
Más, este punto de vista es hoy de valor meramente histórico desde que el art. 1288 del C. francés, lo mismo que el 1284 del C. italiano de 1865, el 1240 del C. de 1942, el 883 del C. argentino y el 213 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, disponen expresamente que el pago hecho por el fiador debe ser imputado a la deuda principal.
El in fine del citado 883 del C. argentino, trasegado a nuestro art. 873, no permite que si el acreedor hace posteriormente remisión de la deuda, pueda el fiador repetir del deudor la parte que hubiere pagado. En el caso contrario, perderá este derecho.

Art. 874. — La devolución hecha por el acreedor, o con su acuerdo, de la cosa recibida en prenda, extingue los derechos que su posesión le confieren sobre ella, pero no causa la remisión de la deuda. La existencia de la cosa prendada en poder de su dueño, hace presumir que su devolución fue voluntaria, salvo el derecho del acreedor a probar lo contrario.

Es nula la convención por la cual la prenda subsiste, no obstante la devolución. Quedan reservados los derechos del acreedor de la prenda con registro.

Vr: arts. 886, 887 y 3206 C. argentino y 2076 C. francés; 2200 C. de Luisiana; 1477 C. holandés; 1253 C. alemán; 803 y 1054C. brasileño; 1654 in fine C. chileno; 1327 C. venezolano; 1522 C. uruguayo; 1191 C. español; 871 C. portugués; 2212 C. mexicano; 1713 in fine C. colombiano; 1710 in fine C. ecuatoriano; 2137 C. nicaraguense; 1469 C. hondureño; 1302 C. peruano; 879 C. boliviano; 2320 C. guatemalteco.

CAPITULO IX

De la Compensación

Art. 875. — La compensación de derecho de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas reunen por derecho propio y recíprocamente la calidad de deudor y de acreedor de una suma de dinero o de otras prestaciones de la misma especie, siempre que ambas deudas sean civilmente subsistentes, líquidas y exigibles, de plazo vencido, y si fuesen condicionales, se halle cumplida la condición.

Opuesta la compensación extinguirá con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexitir, sin que a ello obste la impugnación del acreedor si concurren las circunstancias requeridas por la ley.

La compensación puede ser opuesta por el deudor aun cuando su crédito sea discutido.

La compensación de un crédito prescripto puede ser invocada, si el crédito no estaba extinguido por la prescripción al tiempo en que ambas deudas comenzaron a coexistir.

Ver: arts. 818 y 819 C. argentino; 1290 y 1291 C. francés; 1241 C. italiano; 2203 a 2205 C. de Luisiana; 1196 C. español; 765, 766 y 768 C. portugués; 1462 y 1463 C. holandes; 1438 y 1439 C. austriaco; 120

C. Federal suizo de las obligaciones; 387 C. alemán; 882 a 885 C. boliviano; 1497 a 1500 C. uruguayo; 1331 al 1333 C. venezolano; 1655 a 1657 C. chileno; 1714 a 1716 C. colombiano; 1713 C. ecuatoriano; 2139 a 2149 C. nicaraguense; 1473 y 1474 C. hondureo; 2185 a 2190 C. mexicano; 1009 a 1011 C. brasileño; 1294 C. peruano; 806 y 807 C. costarricense; 2326 a 2329 C. guatemalteco; 254 C. de las Obligaciones de Polonia; 214 a 216 del Proyecto ítalo-francés del C. de Obligaciones y los Contratos; 734 del Proyecto argentino de 1936 y en contra art. 1222 del Anteproyecto de Bibiloni.

Impugnando con respetables razones Bibiloni la extinción ipso jure de las deudas y créditos recíprocos opuestos por las partes desde el momento de su coexistencia, tal como lo estatuyen los arts. 818 y 819 del Código argentino, a inspiración de los arts. 1290 y 1291 del C. francés, esbozó el art. 1222 de su Anteproyecto, directamente trasegado del art. 387 del C. alemán, por el que se instituye la compensación facultativa, sin perjuicio de que la compensación invocada produzca sus efectos desde la coexistencia de los dos créditos con los caracteres que determina la compensación. (ver su larga apostilla al art. 1222 de su Anteproyecto, t. II, pág. 108 edición Kraft).

No escapándose a nadie las objeciones a la extinción ipso iure en la hipótesis del art. 1299 del C. francés, reconocimos en el Nº 1699 de nuestro Tratado de las Obligaciones su contradicción con el art. 1295 del mismo código, y a su imitación el art. 1474 del C. argentino, en mérito a la sugestión de Bibiloni de que la ley se limite a admitir la compensación, como causa de extinción de los créditos, pero con la libertad para los deudores de poderla invocar si les conviene, no sin observar la iniquidad a que este sistema podría dar lugar en caso de quiebra, por los perjuicios a que vendría expuesto el acreedor del fallido, quien tendría que pagar la integridad de su deuda sin obtener, en el mejor de los casos, sino un magro dividendo.

Declarada que sea la quiebra, decíamos, no podría el juez admitir compensación alguna, como tampoco puede admitir pagos, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 734 del C. argentino y los arts. 1422 y 1499 del C. de Comercio.

Viene de aquí la necesidad de conciliar ambos extremos de doctrina: la francesa de la compensación operada ipso iure y la germana de la compensación facultativa, que no se repelen.

En efecto, los deudores y acreedores recíprocos pueden renunciar a la compensación de derecho, tal como lo autoriza el art. 2192 Inc. 1º del C. mexicano, renuncia que a tenor del art. 811 del C. costarricense puede hacerse de la compensación operada, no sólo expresamente, sino también por hechos de que se deduzca necesariamente. No hay ley que pueda prohibir esta renuncia.

A mayor abundamiento mirando la compensación a evitar a las partes los inconvenientes de la lentitud, gastos y desplazamientos a que les obligaría un doble pago, la supresión de la compensación ipso iure dificultaría enormemente el funcionamiento diario de las Cámaras de Compensación organizadas en todas las naciones sobre el modelo de la Clarin House de Londres, para el comercio de los Bancos públicos.

La compensación facultativa que, por aplicación del art. 388 del C. alemán tiene lugar por declaración de una de las partes dirigida a la otra, no subordinada a condición ni a plazo, es todo un contrato de remisión recíproca, el cual, como lo explica Enneccerus, no excluye, en caso de duda, las consecuencias regulares de la compensación legal o de derecho, especialmente la fuerza retroactiva de la que tiene lugar ipso iure (autor y opus cits. Derecho de Obligaciones, t. I, parág. 69, pág. 334).

Viene de aquí que sorprenda leer en la exposición de motivos del Proyecto argentino de 1936 que: "No cabe admitir que la compensación se produzca ipso iure, como en varias casos se ha resuelto interpretando las disposiciones actuales" (ver Reforma del C. Civil, Antecedentes e Informes, t. I, pág. 89, edición Kraft), pues, aun en el derecho alemán, el contrato de compensación no excluye los efectos retroactivos de la compensación ipso iure, a favor de la parte que la alega, generalmente en juicio.

Corrobora nuestro aserto lo que Pérez González y Alguer, traductores y anotadores de la obra de Enneccerus, dicen a propósito de los dos sistemas expuestos respecto al valor de su estudio comparativo, dado que no hay inconveniente en admitir, en la legislación española, análoga a la francesa y a la nuestra, al lado de la compensación legal, una compensación convencional por acuerdo de ambas partes y una compensación facultativa por declaración unilateral de una de ellas.

"En efecto, agregan, el que la ley sancione la compensación ipso jure cuando concurren los supuestos y requisitos de los arts. 1195 y 1196 (del C. español), no impide a las partes eliminar de mutuo acuerdo los obstáculos que resultan de esos preceptos, ni nada se opone tampoco a que una de las partes, aquella a la que afecte únicamente el obstáculo, o sea, aquella que exclusivamente lo pudiera excepcionar, lo elimine por su declaración unilateral. Por ejemplo, al que es deudor por causa de juego no puede exigírsele el pago de la deuda y, por lo tanto, la compensación no puede tener lugar por faltar el supuesto del Nº 4 del art. 1196 (exigibilidad); pero esa obligación imperfecta puede ser cumplida voluntariamente y, de consiguiente, si el deudor de juego quiere cumplir, carecería de sentido negarle la posibilidad de declarar tal voluntad de cumplir compensando con esa deuda el crédito exigible que él tenga contra su acreedor. Otro ejemplo: el que debe bajo plazo establecido a su favor puede compensar de igual manera pues, cuando la obligación sea sólo exigible cuando el día llegue, su vencimiento, requisito esencial de la compensación, puede anticiparse a voluntad del deudor" (ver in Enneccerus, opus cit. t. I, pág. 338).

Esto es exactamente lo que se estatuye por este Código.

Dado que por nuestro art. 875 sólo se contempla la compensación de derecho, conservamos casi literalmente el texto de los arts. 818 y 819 del C. argentino, incluso el requisito de que ambas deudas sean líquidas, como también lo preceptúa el art. 734 del Proyecto argentino de 1936, aun cuando según el Informe de la Comisión se ha suprimido tal requisito, el cual fuera de ser de difícil explicación, de originar en la práctica graves injusticias al favorecer la mala fé del que pretende cobrar lo que debe restituir, y de ser contradictorio, desde que no se exige dicho extremo para las demandas reconvencionales, también ha sido eliminado por los códigos alemán y suizo. (ver Informe, pág. 89). Esta contradicción entre el Informe y el Proyecto no podía pasar desapercibido.

Si al lado de la compensación de derecho se instituye la compensación contractual o facultativa, bien está el requisito clásico de la liquidez de las dos obligaciones, sin perjuicio de que las partes puedan consentir la compensación aun no siendo líquida una de ellas. Si por falta de liquidez de uno de los créditos pueda discutírselo, nada obstará a que su titular invoque la compensación, desde que la liquidez podría establecerse en juicio, como se estatuye por el artículo siguiente.

A este propósito dispone el art. 2189 del C. mexicano que: "Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o pueda determinarse dentro del plazo de nueve días", y el art. 2190 de dicho Código preceptúa que: "Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho".

Subsistente civilmente es la deuda no extinguida por la prescripción; la que procede de un acto jurídico revestido de las solemnidades exigidas por la ley para que produzca efectos legales; la que ha sido reconocida en juicio por sentencia pasada, en autoridad de cosa juzgada; y aquella derivada de una convención no prohibida por la ley, como la deuda de juego. (argumento a contrario de los incisos 1º a 5º del art. 515 del C. argentino).

Nada impide, empero, que por acuerdo de las partes pueda el deudor de juego pagar por compensación lo que debe; ni que el deudor de una obligación extinguida por la prescripción la pague del mismo modo.

Art. 876.— Si la deuda opuesta en compensación no es líquida pero es de fácil y rápida liquidación, de suerte que pueda establecerse su monto total o parcial dentro del término probatorio del respectivo juicio, po-

drá el juez declarar la compensación en cuanto a la parte de la deuda que reconoce existente, y suspender la condena por el crédito líquido hasta la verificación del crédito opuesto en compensación.

Ver: art. 1243 segunda parte del C. italiano; 1291 C. francés; 765 parág. 1º del Inc. 3º del C. portugués; 2189 C. mexicano; 1438 y 1439 C. austriaco; 1463 C. holandés; 225 C. de Luisiana; 1196 inc. 4º C. español; 1499 inc. 2º C. uruguayo; 1656 inc. 2º C. chileno; 1010 C. brasileño; 855 C. boliviano; 1160 del Esboço de T. de Freitas; 216 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 734 del Proyecto argentino de 1936. El art. 1222 del Anteproyecto de Bibiloni, a imitación, del art. 387 del C. alemán, no condiciona la compensación a la liquidez de los créditos opuestos. El 120 del C. Federal suizo de las Obligaciones sólo exige que ellos sean "exigibles", lo que supone su liquidez, o sea que no existe obstáculo alguno al libre ejercicio de la acción del acreedor.
Tiene la substancia de nuestro artículo de una constante y uniforme jurisprudencia a la cual los comentadores del Código Italiano dieron carta de ciudadanía en consideración al temperamento equitativo de la compensación ope judicis que permite al juez suspender la condena para el crédito líquido opuesto en compensación hasta la confirmación o verificación de la liquidez del otro crédito. Esta compensación opera ex nunc porque en este caso la sentencia tiene carácter constitutivo y no de verificación de un hecho anterior. (ver Colagrosso, **Parte Generale**, Nº 98, pág. 117).

Art. 877. — El plazo de favor otorgado por el acreedor no obsta a la compensación.

Ver: art. 1244 C. italiano; 1292 C. francés; 1014 C. brasileño; 1656 in fine C. chileno; 885 C. boliviano; 1334 C. venezolano; 2206 C. de Luisiana; 1715 in fine C. colombiano; 1712 in fine C. ecuatoriano; 2330 C. C. guatemalteco; 2140 in fine C. nicaraguense; 217 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Por regla general distinguen estos códigos las moratorias concedidas al deudor, dictadas por leyes de emergencia, e impeditivas de la compensación, del plazo de gracia acordado por el acreedor al deudor, consagrado por el uso general, que no obsta a la compensación. Es de Papinianus el texto del Digesto, Libro XVI, Tít. II, frase 16, que dice: "**Cum intra diem adjudicati executionem datum, judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem IIII judicatus est compensatio admittetur: aliud est enim diem obligationis non venisse: aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis**" (**vide: Les Cinquante Livres du Digeste ou Des Pandectes de L'Empereur Justinien**, t. II, pág. 433, edic. 1804) o en romance: Si un deudor condenado a pagar una suma a Titius en los plazos acordados para la ejecución de la sentencia, demanda al mismo Titius para que le pague una suma a la cual ha sido condenado a su favor con anterioridad a la sentencia, puede éste oponerle la compensación; y no se diga que la deuda del primer deudor no es todavía exigible a causa del plazo de que goza para cumplir la sentencia: porque otra cosa es que una deuda no sea exigible o que un acreedor haya tenido la indulgencia o el sentimiento humanitario de acordar un cierto plazo para facilitar el pago.
Siendo así, esta norma, ausente en el C. argentino, en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936, es de prosapia romana, y de derecho uniforme.

Art. 878. — Cuando ambas deudas no son pagaderas en el mismo lugar, sólo puede oponerse la compensación si se abonan los gastos de la remisión al lugar del pago.

Ver: arts. 821 C. argentino; 1296 C. francés; 1245 C. italiano; 1468 C. holandés; 2210 C. de Luisiana; 1022 C. brasileño; 391 C. alemán; 1199 C. español; 776 C. portugués; 1664 C. chileno; 1506 C. uruguayo; 1338 C. venezolano; 890 C. boliviano; 2204 C. mexicano; 221 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1723 C. colombiano; 1720 C. ecuatoriano; 2156 C. nicaraguense; 1477 C. hondureño; 2335 C. guatemalteco. Trátase de una excepción al requisito de la exigibilidad, pues, la compensación no es obstaculizada por el hecho de no ser ambas deudas pagaderas en el mismo lugar. Bastará que se paguen los gastos de la remisión del dinero o del transporte de las cosas fungibles adeudadas al lugar del pago.

Art. 879. — Para que la compensación se verifique es necesario que los créditos y las deudas se hallen expeditos; sin que un tercero tenga adquiridos derechos de embargo, usufructo, hipoteca o prenda o cesiones notificadas sobre uno de los créditos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente.

Ver: arts. 822 C. argentino; 1298 C. francés; 1250 C. italiano; 1470 C. holandés; 775 C. portugués; 2212 C. de Luisiana; 1024 C. brasileño; 892 C. boliviano; 1512 C. uruguayo; 1340 C. venezolano; 1661 C. chileno; 1720 C. colombiano; 2147 C. nicaraguense; 1474 inc. 5º C. hondureño; 1717 C. ecuatoriano; 2332 in fine C. guatemalteco; 223 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1186 del Esboço de T. de Freitas
La doctrina considera que quien ofrece su crédito en prenda o usufructo, renuncia a toda eventual compensación y se obliga implícitamente hacia su acreedor a no extinguirlo.
Aun siendo de derecho uniforme la regla de nuestro art. 879, mereció la crítica de Bibiloni, quien substituyendo el art. 822 del C. argentino estatuye por el art. 1227 de su Anteproyecto, como sigue: "**El embargo de un crédito no impide la compensación con el deudor, sino en relación con el embargante, cuando ha sido adquirido el crédito del deudor después del embargo, o cuando se ha hecho exigible después de la exigibilidad del embargado**", precepto que la Comisión argentina de reformas del Código trasegó al art. 736 de su Proyecto con redacción distinta, pero sin referencia a los derechos adquiridos por terceros, distintos del embargo, como podrían ser el usufructo, prenda, hipoteca, o cesión notificada al deudor, que contemplan otros códigos.
Siendo así, hemos preferido conservar en lo posible el texto literal del art. 822 del Código argentino, con algunos agregados extraídos del 1250 del C. italiano y el 1186 del Esboço de T. de Freitas. Confróntese lo que dejamos dicho acerca de este punto en el Nº 1713 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 880. — El que ha pagado una deuda que de derecho estaba extin-

guida por la compensación, no puede, al tratar de realizar el crédito respecto del cual no ha opuesto la compensación, prevalerse, en perjuicio de terceros, de los privilegios e hipotecas que lo garantizaban, a menos que haya tenido justos motivos de ignorar el crédito que debía compensar su deuda.

Ver: arts. 1299 C. francés; 1251 C. italiano; 2213 C. de Luisiana; 1514 C. uruguayo; 1341 C. venezolano; 2195 C. mexicano; 893 C. boliviano; 1660 C. chileno; 1716 C. ecuatoriano; 1719 C. colombiano; 2154 C. nicaraguense; 812 C. costarricense.

Explicando Planiol el art. 1299 del C. francés enseña que "el deudor, liberado por la compensación, puede renunciar a ésta y pagar su deuda. En este caso, agrega, él recobra el crédito que tenía, y tiene el derecho de exigir lo que se le debe, como si ese crédito no hubiera sido extinguido por la compensación. Mas la ley no le permite ejercer, **en perjuicio de terceros**, los privilegios y las hipotecas que precedentemente tenía. Al lesionar los intereses de otros, se volvería sobre una situación adquirida.

Sin embargo, prosigue nuestro autor, si él ha tenido una **justa causa** de ignorar la existencia de su crédito, la ley, se lo restituye en cierto modo contra su error al devolverle las garantías anexas. (ver autor y **opus cits.** t. II, Nº 591, pág. 195, 9ª edición).

El pago de una deuda extinguida ope legis por la compensación induce una renuncia tácita a ésta, precisamente porque se trata de un crédito extinguido. Mas porque tal renuncia es meramente **presuntiva**, cesa si el deudor prueba el concurso de dos condiciones: la **subsistencia** del error y el **justo motivo de su ignorancia**. Ante esta prueba revive el crédito, con sus privilegios y garantías.

La doctrina y la jurisprudencia italiana de consuno han admitido que concurriendo el **justo error**, además de la acción de repetición del crédito, debe reconocerse la condictio indebiti. (ver Colagrosso, **opus cit. Parte Generale**, pág. 124).

Art. 881. — La compensación se verifica cualquiera que sea el título de la una o la otra deuda, exceptuados los casos:

1º) La obligación de pagar daños e intereses por no poderse restituir la cosa de que el propietario o el poseedor legítimo hubiere sido injustamente despojado, ni la de devolver un depósito irregular;

2º) De crédito declarado inembargable, como las deudas de alimentos; o de prestación de servicios.

3º) Las obligaciones de ejecutar un hecho;

4º) De renuncia a la compensación hecha preventivamente por el deudor;

5º) De prohibición establecida por la ley.

Ver: arts. 1246 C. italiano; 1292 C. francés; 767 C. portugués; 1410 C. austriaco; 1465 C. holandés; 2207 C. de Luisiana; 824 y 825 C. argentino; 1015 inc. II y 1016 C. brasileño; 1200 **in fine** C. español; 1662 C. chileno; 1509 y 1510 C. uruguayo; 1335 C. venezolano; 1295 C. peruano; 887 C. boliviano; 2192 C. mexicano; 393 y 394 C. alemán; 1169 del **Esboço** de T. de Freitas; 218 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1230 del Anteproyecto de Bibiloni; 738 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936 Inspirado Bibiloni en el art. 393 del C. alemán, según el cual: "**La compensación no será admisible contra el crédito fundado en un acto ilícito cometido intencionalmente**", substituyó el art. 824 del C. argentino por el inc. 1º del art. 1230 de su Anteproyecto, el cual reza que: **No son compensables las deudas nacidas de los actos ilícitos voluntarios**, al cual la Comisión argentina de reformas del Código agregó en el inc. 1º del art. 738 de su Proyecto, la excepción de que el acreedor lo consienta.

La prohibición relativa a la compensación de un depósito irregular procede de la sentencia de Paulo: "**In causa depositi compensationi locus non est**", que según Pothier se ha entendido principalmente referido al depósito irregular, por el que se confía la guarda de una suma de dinero, que por confundirse con las otras sumas depositadas por otras personas, no obliga a devolver la misma especie, sino la misma suma.

Si el depósito es un depósito ordinario, tal como la de un saco sellado y rotulado, no habrá lugar a la compensación, no sólo porque es un depósito, sino además por aplicación de la regla general según la cual las deudas de cuerpo cierto no son susceptibles de compensación.

El depositario no puede oponer a la demanda de restitución, la compensación de los créditos que él tuviese contra el depositante, si estos créditos tienen una causa extraña al depósito; pero cuando la causa procede del depósito mismo, como si el depositario fuera acreedor por los gastos que se ha visto obligado a hacer para la conservación de la suma depositada, y si la cosa depositada fuese un cuerpo cierto, tendría el derecho de retenerlo, **quasi quodam jure pignoris**, hasta ser pagado de su crédito. (ver autor cit. **Traité des Obligations**, **in Oeuvres**, t. II, Nº 625, pág. 336, segunda edición).

Cuanto a la deuda de alimentos que por el inc. 2º del presente artículo se declara no compensable, tal como lo estatuye el art. 825 del C. argentino, también está excluida de la compensación por el art. 408 de este Código, trasiego del 374 del C. argentino.

La prestación de un hecho, como objeto de una obligación, no es compensable, por aplicación de la regla general de nuestro art. 872 que sólo la admite tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero o de otras prestaciones de la misma especie, como son las cosas fungibles.

La renuncia a la compensación preventivamente hecha por el deudor es incompatible con la compensación misma.

La prohibición de la ley, no necesita explicación.

Art. 882. — Tampoco son compensables las deudas y créditos en los casos siguientes

1º) Si las deudas de los particulares provienen de remates de bienes del dominio del Estado, o de rentas fiscales, o de contribuciones directas o indirectas, o de derechos aduaneros de almacenaje, depósito etc.;

2º) Si las deudas y los créditos no fuesen del mismo departamento o ministerio;

3º) En el caso que los créditos de los particulares provengan de títulos de la deuda consolidada del Estado, emitidos en virtud de leyes especiales.

4º) Entre el deudor cedido o delegado y el cesionario o delegatario, los créditos contra el cedente o delegante que sean posteriores a la cesión notificada, o a la delegación aceptada.

5º) Tratándose de títulos pagaderos a la orden, no podrá el deudor compensar con el endosatario, lo que le debiesen los endosantes precedentes.

Ver: sobre los tres primeros incisos el art. 823 del C. argentino; 1511 C. uruguayo; 1017 C. brasileño; 395 C. alemán y art. 81 de la Ley de Introducción; 125 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 767 inc. 5º C. portugués; 1335 in fine C. venezolano; 2192 inc. VIII, C. mexicano; 1169 del Esboço de T. de Freitas; 1229 del Anteproyecto de Bibiloni y 738 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

Sobre el inc. 4º, ver arts. 826 C. argentino; 1295 C. francés; 1505 C. uruguayo; 1248 C. italiano; 1337 C. venezolano; 889 C. boliviano; 2209 C. de Luisiana; 1659 C. chileno; 1718 C. colombiano; 1715 C. ecuatoriano; 2153 C. nicaragüense; 1476 C. hondureño; 2334 C. guatemalteco; 813 C. costarricense; 1021 C. brasileño; 1198 C. español; 2201 C. mexicano; 1442 y 1443 C. austriaco; 220 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Modificado en su redacción por el art. 1228 del Anteproyecto de Bibiloni, al modo que reza el 1180 del Esboço de T. de Freitas. Omitido en el Proyecto argentino de 1936, sin embargo de ser de derecho uniforme este precepto por el que se reafirma el principio según el cual la compensación no puede tener lugar en perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.

Sobre el inc. 5º, ver: art. 1182 del Esboço de T. de Freitas. La razón de este precepto es que siendo in solidum las obligaciones de los endosantes de una letra a la orden, cada uno debe in totum su valor, sin que el pago hecho por uno libere a los otros, como acontece en la correalidad o solidaridad perfecta. (Ver: Lacerda de Almeida, **Obrigacoes**, parág. 6º, texto y nota 11, pág. 29 y autores allí citados; art. 624 parág. 3º del C. de Comercio, según el cual: "**Los endosantes anteriores responden por el resultado de la letra a todos los endosados (léase endosatarios) posteriores hasta el tenedor**", porque el endosante es respecto de todos ellos un verdadero librador en relación a las personas a quienes transpasa la propiedad de la letra, art. 625 de dicho Código.

Art. 883. — Los acreedores pueden compensar sus créditos en caso de quiebra del deudor, con los que el fallido tiene contra ellos aunque ni unos ni otros sean exigibles en el momento de su declaración. No procede la compensación cuando el acreedor del fallido se ha hecho deudor después de la declaración de quiebra, ni cuando un deudor se ha hecho acreedor con posterioridad a ella. Tampoco procede cuando el reclamo del acreedor se funda en un título al portador.

Si el deudor que adquirió el crédito contra el fallido después de la declaración de quiebra lo hizo por subrogación legal en virtud de estar obligado como codeudor garante o poseedor de bienes hipotecados por actos anteriores a esa declaración, celebrados de buena fe, será admisible la compensación.

Ver: arts. 123 del C. Federal suizo de las Obligaciones y 1232 del Anteproyecto de Bibiloni, por el que se modifica el art. 828 del C. argentino.

La decisión del art. 123 del C. Federal suizo de las Obligaciones se funda en el principio según el cual la quiebra torna exigible todos los créditos, aunque no sean de plazo vencido, porque a tenor de lo preceptuado por el art. 969 del C. argentino y 627 del presente Código, "**El deudor constituído en insolvencia y los que lo representen no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación**", sin que la no liquidez del crédito obste a la compensación, si es de fácil liquidación, como está dispuesto por el art. 876 de este Código. **La insolvencia del deudor se presume desde que se encuentre fallido**, rezan ics arts. 962 inc. 1º del C. argentino y 578 del presente Código. Explícase así la reforma auspiciada por Bibiloni en lo que hace a la admisión de la compensación de los créditos y deudas recíprocos, aunque ni unos ni otros no sean exigibles en el momento de la declaración de quiebra. Y en cuanto a las obligacionts y créditos constituidos con posterioridad no hace falta explicación, desde que es derecho vigente. El art. 1455 de nuestro Código de Comercio fulmina de nulidad absoluta las compensaciones de deudas no vencidas, contraídas con posterioridad a su presentación al juzgado y de la fecha en que el Tribunal establezca la efectiva cesación de pagos. Se ha de leer, empero, la larga y substanciosa apostilla de Bibiloni al art. 1232 de su Anteproyecto, del que la Comisión argentina de reformas del Código sólo admitió su segunda parte, según puede verse en el inc. 5º del art. 738 del Proyecto de 1936.

Art. 884. — El fiador no sólo puede compensar la obligación que le nace de la fianza con lo que el acreedor le deba, sino que también puede invocar y probar lo que el acreedor deba al deudor principal, para causar la compensación. Mas el deudor principal no puede invocar como compensable su obligación, con la deuda del acreedor al fiador.

De igual derecho goza el tercero que ha constituído una hipoteca o una prenda en seguridad de la obligación del deudor principal.

Ver: arts. 829 C. argentino; 1294 C. francés; 1247 C. italiano; 1466 C. holandés; 1197 C. español; 2208 C. de Luisiana; 121 C. Federal suizo de las Obligaciones; 770 segunda parte del C. alemán; 1503 C. uruguayo;

1336 C. venezolano; 1297 C. peruano; 1657 parág. 2º C. chileno; 2199 C. mexicano; 888 C. boliviano; 1441 C. austriaco; 1716 parág. 2º C. colombiano; 1713 parág. 2º C. ecuatoriano; 1475 C. hondureño; 2145 C. nicaraguense; 2334 C. guatemalteco; 1178 dl Esboço de T. de Freitas; 219 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1235 del Anteproyecto de Bibiloni y 737 Inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 885. — El que se ha obligado a favor de un tercero no puede compensar su deuda con lo que le debe el otro contratante.

Ver: arts. 122 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1413 C. italiano; 882 C. austriaco 334 C. alemán; y 1019 C. brasileño. Sin antecedente en otros códigos. Trátase de la estipulación en favor de un tercero, como ocurre en el caso de un seguro por el cual la Compañía A se obliga respecto del estipulante B a pagar ₲s. 1.000 a C. La compañía es al mismo tiempo acreedora de B por ₲s. 500 y de C por otros ₲s. 500. Ella no puede compensar sino en razón del crédito que tiene contra C. Es una decisión justa, dice Rossel, porque de no ser así, el asegurado no recibiría nada. (ver autor y opus cit. t. I, Nº 263, pág. 180 y Bevilaqua, opus cit. t. IV, nota al art. 1019, pág. 174).
Por referencia a la promesa de prestación a favor de un tercero, típicamente ofrecida en el contrato de seguro a favor de otro, estatuye el art. 334 del C. alemán que: **"Los medios de defensa resultantes del contrato pertenecen al prometiente igualmente contra el tercero"**, que según Bufnoir, Challamel, Drioux, Levy-Ullmann, Gény, Saleilles y demás traductores y anotadores del C. alemán, comprende no sólo las excepciones relativas a la formación del contrato, sino también las que conciernen a su ejecución. No deben excluirse sino las derivadas de hechos absolutamente personales al estipulante y extrañas al contrato, como la compensación con lo que éste le debe. Siendo así, demandado el prometiente por el tercero, de quien es acreedor, puede oponerle la compensación (ver autores y opus cits. t. I, pág. 479).
El art. 1413 del C. italiano es más claro al preceptuar que: **"El prometiente podrá oponer al tercero las excepciones fundadas en el contrato del que el tercero obtiene su derecho, pero no las fundadas en otras relaciones entre el prometiente y el estipulante"**.
Inspirado en estas normas, Bibiloni esbozó el art. 1363 de su Anteproyecto, el cual reza que: **"El promitente (léase prometiente) puede oponer al tercero todos los medios de defensa y excepciones que nacen dél contrato"**, siquiera sin referirse en la nota a la compensación. Lo repite el art. 850 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 886. — El deudor solidario puede invocar la compensación del crédito del acreedor con el crédito de él, o de otro de los codeudores solidarios.

Ver: arts. 830 y 707 del C. argentino. En contra: el in fine del art. 1294 del C. francés, según el cual: **"El deudor solidario no puede tampoco oponer la compensación de lo que el acreedor debe a su codeudor"** y el art. 1236 del Anteproyecto de Bibiloni que dice: **"El deudor solidario no puede compensar su deuda con el crédito de otro de los codeudores, ni con la deuda de otro de los acreedores, si no presenta la autorización expresa escrita de ellos"**.
Mucha es la tinta que Bibiloni ha debido emplear para fundar este precepto, directamente inspirado en el citado in fine del art. 1294 del C. francés, acaso por haber olvidado o desdeñado que por el art. 1138 de su Anteproyecto había estatuído que: **"La dación en pago, la novación, la compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación"**, tal como lo dispone el art. 707 del C. argentino.
Si la irrebatible impugnación que Marcadé formuló en los Nº 837 a 839 del t. IV de su obra al párrafo final del art. 1294 del C. francés no fuera suficiente, se ha de confrontar lo que acerca de esta materia hemos explicado en los Nºs 878 a 883 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, págs. 87 a 91), donde fundados en la apostilla de Vélez Sarsfield al art. 707 del C. argentino y en las fuentes romanas de la correalidad, evidenciamos que a estar a estos antecedentes, la decisión del art. 830 de dicho Código, ahora trasegada a nuestro art. 886, supone que la solidaridad es perfecta o correal y que los correl son socios, porque sólo la sociedad puede aglutinar en una sola y única persona las diversas personalidades comprometidas en la obligación, de conformidad con el proloquio romano, traído a la cita por Pothier: **"Societas facit ut quodammodo videantur una persona"**, de donde viene que la correalidad de nuestro Derecho sólo pueda concebirse, como unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas, tal como Keller y Ribbentrop, seguidos en Alemania por Savigny, Windscheid, Kipp, Leonhard, Kulembeck, Puchta, Vangerov, Fitting, Baron, Brinz, Holder, Stammler, Enneccerus, la explicaron, por oposición a la solidaridad simple o imperfecta del art. 1081 del C. argentino respecto de la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por un delito, caracterizada por la ausencia de la acción recursoria a favor del que paga la totalidad de la deuda contra sus co-obligados. La solidaridad del Derecho francés supone pluralidad de vínculos con unidad de prestación, en virtud de la cual cada acreedor solidario no debe ser considerado, individualmente, como enseña Demolombe, ni en sus relaciones con los otros acreedores, ni en sus relaciones con el deudor. Cada uno de ellos debe ser considerado como acreedor, sólo de su parte; y por la parte de sus coacreedores, como mandatario para cobrar y conservar sus derechos, **ad conservandam et perpetuandam obligationem**, pero no **ad destruendam obligationem** (ver autor y opus cits. t. XXVI, Nºs 142 y ss., pág. 109).
El origen de esta concepción de la solidaridad ha dejado de ser un misterio. Lo ha puesto en claro María Emilia Lucifredi Peterlongo en su magistral monografía: **Intorno all'Unita o Pluralita di Vincoli Nella Solidarieta Contrattuale** (edición Giuffre, Milán, 1941), en cuyas páginas evidenció que la idea de pluralidad de vínculo fue aprendida por los compiladores del C. francés en fragmentos del Digesto atribuídos a Ulpiano, Papiniano, Paulo, Venuleyo y a Scaevola, los que, por estar plagados de impropiedades de la construcción latina clásica, inducen a creer que éstas se deben a interpolaciones, injertos, remiendos y zurcidos idiomáticos aderezados para la compilación justiniana.
La unidad de vínculo de la correalidad, en cambio, es del Derecho clásico, como lo acredita el Tít. XVI de la Instituta (Ley 5, tít. II, Lib. XLV del Digesto; Ley 28, tít. III, lib. XLV etc.), que nadie explicó mejor que Demangeat en **Des Obligations Solidaires en Droit Romain, Commentaire du Titre de Duobus reis au Digeste**, edición Maresco, París, 1858, cuya substancia trasegamos en gran parte al Cap. III, t. II de nuestro Tratado de las Obligaciones.
No hay que creer que aun en el Derecho francés sea unánime la opinión según la cual la compensación es excepción meramente personal, como lo sostuvo el Tribunado (Fenet, XIII, pág. 162) al agregar al final del art. 1294 del C. de Napoleón la norma ahora auspiciada por Bibiloni, pues, aun cuando éstos formen mayoría, sostienen lo contrario Domat, Pothier, Aubry y Rau, Durantón, Larombiere y Marcadé, según así lo explicamos en el Nº 882 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Si, como pretende Bibiloni, el deudor solidario no puede oponer la comprensión de lo que el acreedor debe a su codeudor, y si, como se sabe, es potestativo del acreedor ejercer su derecho de prevención contra cualquiera de los correos, obvio es que siendo el acreedor, deudor de uno de sus codeudores, no dirigiría su

acción contra él, por eludir la compensación; y al revés, si la ejerciese contra su acreedor y codeudor solidario, al mismo tiempo, habría compensación, y todos sus codeudores quedarían liberados. Mas si dirigiese contra cualquier otro de los codeudores solidarios que no fuese su acreedor, no habría compensación, de donde se infiere que en este caso, la compensación no resulta inmediatamente, como dice Marcadé, de que uno de los codeudores solidarios sea acreedor del acreedor, sino sólo de la demanda promovida por el acreedor contra el codeudor acreedor (ver Marcadé, opus cit. t. IV, Nº 837, pág. 666).
Si el codeudor prevenido por el acredor invocase la compensación de lo que el actor debe a otro de sus codeudores, la obligación quedaría extinguida respecto de todos, hecho lo cual cada correo vendría en sus relaciones internas obligado a la contribución en proporción de su parte. Si el codeudor acreedor al mismo tiempo pagó la totalidad de la deuda, recibiría de sus codeudores la parte que a cada uno corresponde, como por derecho está establecido, sin necesidad de que él haya autorizado previamente la compensación, como lo quiere Dernburg o la haya ratificado, como enseña Windscheid quienes, a lo que parece, parten del supuesto de que los correos no sean socios, como reza el texto atribuído a Papiniano: "Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet de la Ley 10, de Duobus rei, citado por Pothier (opus cit. Traité des Obligations, In Oeuvres, t. II, Nº 247, pág. 128, 2ª edición).
Mas la correalidad supone sociedad, porque no es concebible que una persona sensata contraiga sin razón o motivo alguno, la obligación de pagar solidariamente con otros una deuda en la que ella no tiene ningún interés, ni que a ella le reporta beneficio de ningún género. Bien dice Bugnet en la nota al citado texto de Papiniano que éste restringió su decisión al caso de que no haya sociedad entre los codeudores, si socii non sint, porque entonces no cabía recurso alguno en favor del que había pagado, para hacerse reembolsar una parte cualquiera de parte de los otros codeudores.

Art. 887. — Cuando una persona tiene respecto de otra varias deudas compensables, se observará en cuanto a la compensación lo dispuesto en el art. 814.

Ver: art. 1249 C. italiano; 1297 C. francés; 2211 C. de Luisiana 1023 C. brasileño; 770 C. portugués; 396 C. alemán; 1662 C. chileno; 1507 C. uruguayo, 1329 C. venezolano; 891 C. boliviano; 2196 C. mexicano; 2336 C. guatemalteco; 810 C. costarricense 1722 C. colombiano; 1719 C. ecuatoriano; 1479 C. hondureño; 2155 C. nicaraguense: 1074 del Esboço de T. de Freitas; 222 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, 1225 del Anteproyecto de Bibiloni y 755 del Proyecto argentino de 1936. Omitido en el C. argentino.

Art. 888. — Por voluntad de las partes puede tener lugar la compensación aun cuando no concurran las condiciones previstas por los artículos anteriores. Las partes pueden también establecer preventivamente las condiciones de tal compensación.

Ver: art. 1252 C. italiano. He aquí una novedad legislativa sólo registrada en el C. italiano de 1942. Es la compensación voluntaria o contractual, ajustada entre los titulares de los créditos y débitos recíprocos. Es una figura paralela a la compensación legal o de derecho, de la que difiere en cuanto a que mientras ésta produce efectos retroactivos, la compensación convencional sólo produce efectos exnunc, y puede tener aplicación práctica especialmente en la regulación contractual de la cuenta corriente.
Podría traerse en abono de la compensación voluntaria la de los arts. 120 y 124 del C. Federal suizo de las Obligaciones y 387 y 390 del C. alemán que Bibiloni trasegó al art. 1222 de su Anteproyecto, y también podría fundársela en las consideraciones en que él apoya su esbozo al decir que "nadie está obligado a cobrar lo que el deudor no le paga. La ley —agrega Bibiloni— no se entromete en el cumplimiento de los créditos que no se reclaman. El pago es libre. ¿Por qué no lo es la compensación? (ver autor y opus cits. t. I, pág. 109, edición Kraft).

CAPITULO X

De la confusión

Art. 889. — Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor se verifica de derecho la confusión que extingue la deuda principal y sus garantías con las fuerza del pago, sea que ella tenga lugar por sucesión universal o por cualquier otra causa, o cuando una tercera persona sea heredera del acreedor y deudor.

Ver: arts. 862 C. argentino; 1300 C. francés; 1253 C. italiano; 796 C. portugués; 1472 C. holandés; 1445 802 y 812 C. austriaco 2214 C. de Luisiana; 1192 C. español; 1049 C. brasileño; 118 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1665 C. chileno; 1342 C. venezolano; 894 C. boliviano; 1304 C. peruano; 2206 C. mexicano; 1544 C. uruguayo; 2322 C. guatemalteco; 826 C. costarricense; 1724 C. colombiano; 1721 C. ecuatoriano; 1470 C. hondureño; 2158 C. nicaraguense; 1187 del Esboço de T. de Frietas; 225 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1237 del Anteorcyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.
El efecto extintivo de la deuda por confusión proviene de la incompatibilidad de las dos opuestas calidades de deudor y acreedor a un tiempo en la misma persona, conforme con el proloquio romano: obligatio incidit in eum casum, a quo incipere non potest, cualquiera sea la naturaleza y modalidad de la obligación, sea ella total o parcial.
Amplia es la esfera de aplicación de este instituto. Puede la confusión tener lugar no sólo por causa de herencia, sea que el acreedor suceda a su deudor, o éste a su acreedor, a título universal, y la herencia haya sido aceptada pura y simplemente; sino también por cesión, subrogación, venta de herencia, donación etc.

Art. 890. — La confusión no sucede, aunque concurran en una persona la calidad de acreedor y deudor por título de herencia, si ésta se ha aceptado a beneficio de inventario.

Ver: arts. 863 y 3373 C. argentino; 802 inc. 2º C. francés; 1047 inc. 2º C. de Luisiana; 1078 C. holandés; 563 C. boliviano; 1669 C. chileno; 1547 C. uruguayo; 2325 C. guatemalteco; 1023 C. español; 800 C. portugués; 1678 C. mexicano; 1728 C. colombiano; 1725 C. ecuatoriano; 1470 parág. 2º C. hondureño; 1407 y 1951 C. nicaragüense; 1190 del Esboço de T. de Freitas; 2958 del Anetproyecto de Bibiloni; 1880 del Proyecto argentino de 1936.
Confróntese: Pothier, **Traité des Obligations, in Oeuvres**, t. II, Nº 642, pág. 352. Desde cierto punto de vista puede decirse que el presente artículo es superfluo, porque admitiéndose por este Código la aceptación beneficiaria de la herencia, bastaría con remitir la excepción de que se trata al Libro IV. Mas nuestro deseo de conservar en lo posible la mayor suma de los preceptos del C. argentino, por la tradición que ha creado en tan largos años de aplicación, explica el trasiego del art. 863 de dicho Código.

Art. 891. — La confusión no produce efectos en perjuicio de terceros que han adquirido derechos de usufructo o de prenda sobre el crédito.

Ver: art. 1254 C. italiano. Sin antecedentes en el C. francés ni en ninguno de los códigos vaciados en sus moldes. Trátase de una novedad ofrecida por el C. italiano de 1942, como concreción de la doctrina prevalente acerca de la protección debida a los terceros de buena fe. Siendo así, el deudor liberado por compensación no podrá disponer del objeto sobre el cual podía el acreedor ejercer su derecho, si terceros de buena fe hubiesen adquirido sobre dicho objeto derechos de usufructo o de prenda. En este caso, la confusión produce efectos limitados.

Art. 892. — La confusión del derecho del acreedor con la obligación del fiador, no extingue la obligación del deudor principal. Si en la misma persona se reunen las calidades de fiador y de deudor principal, la fianza subsiste, siempre que el acreedor tenga interés en ello.

Ver: art. 865 parág. 2º C. argentino; 1301 parág. 2º C. francés; 798 C. portugués; 1473 C. holandés; 2215 parág. 2º C. de Luisiana; 1193 **in fine** C. español; 1666 **in fine** C. chileno; 1545 parág. 2º C. uruguayo; 895 C. boliviano; 1343 **in fine** C. venezolano; 2324 segunda parte C. guatemalteco; 827 segunda parte C. cosatrricense; 1725 segunda parte C. colombiano; 1722 segunda parte C. ecuatoriano; 1471 segunda parte C. hondureño; 2159 segunda parte C. nicaragüense; 1193 segunda parte del Esboço de T. de Freitas; 1238 segunda parte del Anteproyecto de Bibiloni.
Sobre la segunda parte, ver: art. 1255 C. italiano, por el que se modifica el 1297 del Código abrogado. Trátase así de una disposición nueva no contemplada en el art. 1301 del C. francés, modelo del anterior. Mira el precepto a evitar que la confusión que tiene lugar por la reunión de la calidad de deudor principal y la de fiador, pueda perjudicar al acreedor. La extinción será definitiva, incluso la deuda del fiador, si el acreedor lo consiente.
Observa Colagrosso que esta supervivencia de la fianza en la persona del deudor principal no era extraña al derecho justinianeo (L. 50, D. 46, 1; L. 95, 3; D. 46, 3), que la reconocía cuando la obligación del fiador era plenior respecto de la obligación principal; y pudo tener un concreto valor, como en el caso que la obligación del fiador es reforzada por una garantía especial. En este caso, agrega nuestro autor, la fianza presenta una concreta utilidad para el acreedor. (ver autor y **opus cit. Parte Generale**, pág. 128).

Art. 893. — La confusión entre uno de los acreedores solidarios y el deudor, o entre uno de los codeudores solidarios y el acreedor, extingue la obligación principal y sus accesorios con el efecto del pago.

Ver: art. 707 y 3417 del C. argentino; en contra el art. 866 de dicho código, que sólo ha de explicarse al favor de la fatiga a que Vélez Sarsfield pudo estar expuesto en la realización de la abrumadora compilación a su cargo. Suprimimos así la ingrata antinomia de los arts. 707 y 866 del C. argentino que hemos explicado en el Nº 866 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, pág. 94). Bibiloni que, explicando los alcances del art. 1138 de su Anteproyecto, justificó plenamente la extinción total de la obligación solidaria de nuestro derecho por confusión de la doble calidad de acreedor y deudor en el t. II, pág. 66 y ss., de la edición Kraft, juzgó innecesaria la inserción en este Capítulo de un precepto substitutivo del 866 del C. argentino, razón por la cual deja en apariencia en blanco el sitio que a nuestro parecer debe llenarse, si no se quiere dejar dudas a su respecto, por haber hecho carne en nuestro foro la donosa interpretación de algunos juristas desaprensivos según los cuales el art. 707 del C. argentino sienta la regla general y el 866 es la norma concreta aplicable a la confusión en la solidaridad.

Art. 894. — Si la confusión viniere a cesar por un acontecimiento posterior que restablezca la separación de las calidades de acreedor y deudor reunidas en la misma persona, las partes interesadas serán restituídas a los derechos temporalmente extinguidos, y a todos los accesorios de la obligación.

Si se tratare de derechos cuya extinción se hubiera inscripto en el Registro de la Propiedad, la reintegración no se producirá sino después de la cancelación de su toma de razón, y sin perjuicio de los derechos que en el tiempo intermedio se hubieren constituído en favor de terceros.

Ver: art. 867 C. argentino; 1548 C. uruguayo; 1052 C. brasileño; 801 C. portugués; 118 parág. 2º C. Federal

suizo de las Obligaciones; 2163 C. nicaragüense; 829 del C. costarricense; 1306 C. peruano, y 1195 del Esboço de T. de Freitas.
La causa de la confusión puede cesar, dice Bevilaqua, o porque ella es transitoria, o porque es una relación jurídica ineficaz. Ejemplo del primer caso es el fiduciario (legatario u heredero a quien el testador confía la distribución de sus bienes) y acreedor del difunto. En este supuesto, resuelto su derecho, los bienes pasan al fedeicomisario, desaparece la confusión y se restaura la deuda, si no está prescripta. Ejemplo del segundo caso es el testamento que confirió al deudor derechos hereditarios, que fuese anulado(ver autor y opus cit. IV, pág. 208).
Cuanto a la segunda parte de nuestro artículo, ver el parág. 2º del art. 1239 del Anteproyecto de Bibiloni que trasegamos cambiando la locución: "**nueva anotación**", por "**cancelación**", pues, tratándose de la extinción erga omnes del derecho inscripto, éste se cancela, según el lenguaje propio del Derecho Hipotecario, sin que nazca otro derecho en su lugar, sino que sólo restablece el derecho anterior.

CAPITULO XI

De la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor

Art. 895. — La obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, se hace imposible la prestación que constituye el objeto de ella.

Si la imposibilidad es sólo temporal, el deudor, en tanto ella perdure, no es responsable del retardo de su cumplimiento. No obstante, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta que, en relación al título o a la naturaleza de su objeto, el deudor no pueda ser considerado obligado a ejecutar la prestación o el acreedor no tenga ya interés en conseguirla..

Ver: arts. 888, 556, 578, 627, 632, 642, 647 y 3803 C. argentino; 1256 C. italiano; 1302 parág. 2º y 4º 1146 y 1147 C. francés; 1480 y 1281 C. holandés; 1447 C. austriaco; 2216 C. de Luisiana; 865 parág. 1º, 879, 888 C. brasileño; 1460 C. español; 1670 C. chileno; 1549 C. uruguayo; 896 C. boliviano; 1344 C. venezolano; 1318 C. peruano; 2111 C. mexicano; 830 y 831 C. costarricense; 1729 C. colombiano; 1726 C. ecuatoriano; 1640 C. hondureño; 2164 y 2165 C. nicaragüense; 2355 y 2356 C. guatemalteco; 119 parág. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones: 275, 279, 280, 323 y 324 C. alemán; 89 y 96 del Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936.
No conocemos razón alguna que justifique la omisión del estatuto regulador de la imposibilidad, como causa extintiva de la obligación, sin perjuicio de los preceptos relativos al perecimiento de la cosa o pérdida, de la cosa cierta debida; imposibilidad del hecho prometido por el deudor, imposibilidad de la obligación de no hacer, imposibilidad de las prestaciones comprendidas en la obligación alternativa; perecimiento de la cosa o imposibilidad de su prestación en las obligaciones facultativas, y caducidad del legado por perecimiento de la cosa que constituye su objeto, contemplados en los arts. 556, 578, 627, 632, 642, 647 y 3803 del C. argentino. Constituyen estos hechos las causas objetivas de la imposibilidad, ajenas a las condiciones subjetivas del deudor.
Estos eventos deben ser tales que incidan directamente sobre la prestación de suerte que la haga inejecutable en sí y por sí.
El impedimento debe ser, además, insuperable por todo el tiempo en que el acreedor tenga interés en su cumplimiento y el deudor se considere obligado a ejecutar la prestación. Nadie está obligado a lo imposible. Las causas jurídicas podrían ser una expropiación por causa de utilidad pública o una requisa ordenada por la autoridad en tiempos de guerra o conmoción interior.
Inspirado en el parágrafo 2º del art. 1256 del C. italiano, contempla nuestro artículo la excusación de la responsabilidad del deudor por mora. Mas en este caso la imposibilidad debe ser considerada en relación a la oportunidad de la prestación. Si la inoportunidad es definitiva, la obligación se extingue.

Art. 896. — La cosa que debía darse, sólo se entenderá perdida en el caso de que se haya destruído completamente, o que se haya puesto fuera del comercio, o que se haya extraviado de un modo que no se sepa de su existencia y no pueda probarse su perecimiento.

En caso de que posteriormente sea encontrada la cosa desaparecida, se aplicará las disposiciones del segundo apartado del artículo anterior.

Ver: arts. 892 del C. argentino; 1257 del C. italiano y 89 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 897. — Si la prestación se ha hecho imposible sólo en parte, el deudor se libera de la obligación ejecutando la prestación en cuanto a la parte que sigue siendo posible de cumplimiento.

Ver: arts. 1258 C. italiano; sin antecedentes en los otros códigos, incluso el argentino. Se entiende que este precepto no contradice al art. 800 de este Código, porque no se trata de obligar al acreedor a recibir o aceptar un cumplimiento parcial de la deuda por la sola voluntad del deudor, sino de evitar el enriquecimiento de éste si al favor de su liberación tuviese el derecho de quedar con el residuo de la cosa parcialmente destruída si todavía fuese posible su cumplimiento.

Art. 898. — Si la prestación que tiene por objeto una cosa determinada se ha hecho imposible, en todo o en parte, el acreedor se subroga en los derechos que corresponden al deudor en relación al hecho que ha causado la imposibilidad, y puede exigir del deudor la prestación de los que éste haya conseguido a título de resarcimiento.

Ver: arts. 1259 C. italiano; 1303 C. francés; 1481 C. holandés; 2217 C. de Luisiana; 897 C. boliviano; 1677 C. chileno; 1345 C. venezolano; 1556 C. uruguayo; 1736 C. colombiano; 1733 C. ecuatoriano; 1464 C. hondureño, 2173 C. nicaraguense; 90 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, y 895 C. argentino.

Art. 899. — Cuando la obligación fuere de entregar cosas inciertas no fungibles, determinadas sólo por su especie, el pago nunca se juzgará imposible, y la obligación se resolverá siempre en indemnización de pérdidas e intereses.

Ver: arts. 894 Código argentino; 1232 del Esboco de T. de Freitas. Confróntese lo que dejamos dicho acerca de este artículo en el Nº 998 de nuestro Tratado de las Obligaciones y los autores allí citados (t. II, pág. 213).

CAPITULO XII

De la cesión de créditos

Art. 900. — El acreedor puede transferir a título oneroso o gratuito su crédito, aun sin consentimiento del deudor, siempre que el crédito no tenga carácter estrictamente personal o que su transferencia no esté prohibida por la ley.

Las partes pueden excluír la cesibilidad del crédito, pero el pacto no es oponible al cesionario, si no se prueba que él lo conocía al tiempo de la cesión.

Ver: arts. 1260 C. italiano; 1434 C. argentino; 2177 del Esboco de T. de Freitas; 1689 C. francés; 1392 C. austriaco; 2612 C. de Luisiana; 1526 C. español; 398 C. alemán; 164 C. Federal suizo de las Obligaciones; 165 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 260 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1901 C. chileno; 1757 C. uruguayo; 1549 C. venezolano; 1065 C. brasileño; 1959 C. colombiano; 1961 C. ecuatoriano; 1666 C. hondureño; 2716 C. nicaraguense; 1632 C. guatemalteco; 1104 C. costarricense; 785 C. portugués; 2029 y 2030 C. mexicano; 1519 del Anteproyecto de Bibiloni y 948 del Proyecto argentino de 1936.
La antecedente mención de los pertinentes preceptos de los diversos Códigos sobre la cesión de créditos, no trasunta un derecho uniforme acerca de ella, pues, mientras el art. 1434 del C. argentino, copia literal del 2177 del Esboco de T. de Freitas, lo concibe como un contrato consensual, a igual que la compraventa, de suerte que el cesionario no adquiere la propiedad del crédito sino por la tradición del título, si existiera (art. 1457), y respecto de terceros, por la notificación al deudor cedido o por la aceptación de la transferencia de parte de éste (art. 1459); el art. 1689 del C. francés, conforme con su principio, según el cual el contrato es uno de los modos de adquirir la propiedad, estatuye que la transmisión del crédito tiene lugar desde el instante mismo en que se realiza el acuerdo de cedente y cesionario, traducido en la entrega del título, y a su imitación los códigos vaciados en sus moldes: el 1901 del C. chileno; 1757 del C. uruguayo; 1959 del C. colombiano; 1961 del C. ecuatoriano; 1549 C. venezolano; 2029 C. mexicano; 1632 C. guatemalteco; 1104 del C. costarricense etc.
La mayor parte de estos códigos regula la cesión de créditos, como una compraventa, tanto que los arts. 1538 del C. italiano de 1865 y él 1549 del C. venezolano equiparan ambas figuras contractuales, diciendo: "La venta o la cesión", como si la venta fuese la única fuente o causa del negocio, sin embargo de poder responder la cesión a una liberalidad, o al pago de una deuda. El art. 1549 del C. venezolano admite la perfección del acto "aunque no se haya hecho tradición" del título, por el mero consentimiento de las partes.
Dada la estricta personalidad de la deuda del Derecho romano, se comprenderá que la cesión de crédito sea un instituto relativamente moderno. Su diversa estructuración en los distintos códigos se explica al favor de la diferente concepción de la adquisición contractual del dominio, sea por el contrato o por la tradición. La aparente anarquía de la disciplina legal de la cesión de crédito, se halla superada por su uniformidad en los códigos alemán, Federal suizo de las Obligaciones, el C. brasileño y el C. italiano de 1942.
Así, el art. 1260 del C. italiano es apógrafo del 164 del C. Federal suizo de las Obligaciones, casi literalmente reproducido por el 1065 del C. brasileño, tal como se halla trasladado al art. 900 del presente Código. Mira esta reforma a evitar la identificación de la cesión con la venta, siquiera no se excluya que la transferencia del crédito, bien incorporal, pueda tener lugar por un precio cierto en dinero. Como contrato consensual que es se perfecciona por el mero consentimiento expreso o tácito del cesionario. Una cesión aceptada después, no podría lesionar los derechos que terceros hubiesen adquirido en el intervalo.
Tal es la cesión voluntaria o contractual al lado de la cual puede ofrecerse la cesión necesaria o legal que es la coactivamente impuesta en el pago por subrogación legal del art. 826 del presente Código, pero que aun implicando una cesión, es extraña a las normas de la cesión voluntaria.
Puede parecer ocioso distinguir, esta figura del derecho, de la novación subjetiva en la que también se ofrece la intervención de un nuevo titular de una relación de derecho preexistente, pues, harto se sabe que no hay manera de confundir la una con la otra. En efecto, mientras en la cesión el derecho sólo se transfiere, sin alteración, en la novación la precedente relación jurídica se extingue y surje una nueva. De aquí la consecuencia de que en la cesión subsisten los acesorios, al paso que en la novación se extinguen.

No menos notoria es la diferencia entre la cesión y el pago por subrogación. En efecto: mientras éste es un modo de extinción del crédito, y al que paga sólo le mueve el propósito de procurar un beneficio al deudor; la cesión trasfiere el crédito, y el cesionario que lo adquiere sólo se propone obtener una ganancia. También las consecuencias son distintas en ambos casos pues, mientras el cesionario tiene derecho a exigir el crédito por entero aunque le haya costado menos, el acreedor subrogado no puede exigir sino el reembolso de la suma por él gastada (Colagrosso, Parte Generale, pág. 135 y ss.).

Los derechos que pueden ser cedidos, son todos aquellos que recaen sobre un bien que está en el comercio, aun cuando sean litigiosos, dudosos, eventuales, condicionales o a término, y también aquellos que tengan por objeto una cosa futura, con tal que el crédito exista en favor del cedente y que éste sea todavía acreedor al tiempo de hacérselo efectivo, tal como lo estatuyen los arts. 1444, 1446, 1447 y 1448 del C. argentino.

La única limitación en esta materia es la prohibición expresa o implícita de la ley, o el texto del título mismo, según así lo preceptúa el in fine del art. 1444 del C. argentino.

Nuestro art. 900 preceptúa la incesibilidad de los créditos que tengan carácter estrictamente personal. Análoga es la norma del art. 1445 del C. argentino, según el cual: **"Las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no pueden ser cedidas"**. Son estrictamente personales los créditos por alimentos fundados en la ley, o en un acto de liberalidad. También el usufructo paternal. Agrega nuestro artículo 900 que las partes pueden excluir la cesibilidad del crédito, pacto que no puede ser opuesto al cesionario a menos que se pruebe que él lo conocía al tiempo de la cesión. En principio, debe reconocerse que los derechos cesibles por naturaleza no pueden ser incesibles por convención. A este propósito estatuye la segunda parte del art. 164 del C. federal suizo de las obligaciones que: **"El deudor no puede alegar que el crédito había sido estipulado incesible, si el tercero deviene acreedor sobre la fe de un reconocimiento escrito que calla sobre su incesibilidad"**. Tal es la razón por la cual se estatuye por nuestro art. 900 la excepción a esta regla que tiene lugar sólo si prueba que el cesionario conocía al tiempo de la cesión el pacto por el que deudor y acreedor hubiesen estipulado la incesibilidad del crédito (Rossel, opus cit. t. I, Nos. 334 a 337, pág. 226 y ss.).

Art. 901.— El que puede comprar y vender tiene capacidad para adquirir y enajenar créditos por título oneroso, siempre que no haya ley que lo prohiba expresamente. La prohibición de compra y venta entre cónyuges es extensiva a la cesión de créditos.

Ver: arts. 2181 inc. 1º y 2182 del Esboco de T. de Freitas; 1439 y 1441 del C. argentino. Omitida en los otros códigos y en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936.

Art. 902. — Toda cesión debe ser hecha por escrito, bajo pena de nulidad, cualquiera que sea el valor del derecho cedido, y aunque él no conste de instrumento público, salvo la cesión de acciones litigiosas que no puede hacerse, bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, o por acta judicial hecha en el respectivo expediente; y la de los títulos al portador que puede hacerse por su tradición.

Ver: arts. 1454, 1455 C. argentino; 2189 y 2191 del Esboco de T. de Freitas; 165 C. Federal suizo de las Obligaciones y 403 C. alemán.

El requisito de que toda cesión deba hacerse por escrito no sólo mira a validar el acto respecto de terceros, sino también respecto de las propias partes. No se comprende que una cesión verbal pueda tener fuerza obligatoria, aunque sea hecha a título gratuito. Ella sería nula y de ningún efecto. El pactum de cedendo no está sujeto a ninguna forma particular, salvo la cesión de acciones litigiosas que debe hacerse por escritura pública o por acta judicial en el respectivo expediente, tal como lo estatuye la segunda parte de nuestro artículo, trasiego del art. 1454 del C. argentino.

Art. 903. — Cuando la cesión tiene lugar en virtud de la ley o de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ella es oponible a los terceros sin ninguna formalidad y aun independientemente de toda manifestación de voluntad de parte del precedente acreedor.

Ver: art. 166 C. Federal suizo de las Obligaciones y 412 C. alemán. Tiene lugar la subrogación legal, y por tanto la cesión ipso iure del crédito, por aplicación del art. 689 del C. argentino cuando uno de los deudores de una obligación indivisible cumple íntegra la prestación, caso en el cual la ley le inviste de la acción de regreso contra sus codeudores para que paguen su cuota en la deuda, como lo explicamos en el Nº 928 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Tiene igualmente lugar la cesión ipso iure a favor del tercero que paga la deuda de otro, a quien la ley transmite todos los derechos del acreedor, como está dispuesto por el art. 825 de este Código. La misma regla se aplica al caso del deudor solidario que paga la deuda por entero, como lo estatuye el art. 717 del C. argentino. Análoga regla es la del art. 2037 del C. argentino relativa al cofiador que paga la deuda afianzada. Queda él subrogado en todos los derechos, acciones y privilegios y garantías del acreedor contra los otros cofiadores, para cobrar a cada uno de éstos la parte que le correspondiese.

También en el mandato se ofrece una subrogación legal en los derechos adquiridos por el mandatario, a favor del mandante o comitente, quien sin necesidad de un acto escrito de transferencia de dichos derechos, puede ejercerlos directamente. Así resulta del art. 1946 del C. argentino.

Art. 904. — No pueden ser objeto de cesión:

1º) Los derechos de uso y habitación, las esperanzas de sucesión, los montepíos, las pensiones militares o civiles, o las que resulten de reformas civiles o militares, con la sola excepción de aquella parte que por disposición de la ley, pueda ser embargada para satisfacer obligaciones.

2º) Los créditos cuya prestación no pueda efectuarse a otro acreedor que

al primitivo sin variar el contenido de la misma, o cuando la cesión haya sido prohibida por convenio con el deudor.

3º) El crédito que no pueda ser objeto de embargo.

Ver: Sobre el inc. 1º el art. 1449 del C. argentino; 1515 del Anteproyecto de Bibiloni y 950 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 2º el art. 399 del C. alemán; 1513 del Anteproyecto de Bibiloni; y 950 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 3º el art. 400 del C. alemán; 950 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 905. — El cedente debe entregar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su poder.

Si se ha cedido sólo una parte del crédito, el cedente está obligado a dar al cesionario una copia auténtica de los documentos.

Ver. arts. 1262 C. italiano; 170 segunda parte C. Federal suizo de las Obligaciones; 402 C. alemán; 1457 C. argentino. El cedente debe entregar al cesionario todos los medios de prueba que posea y las informaciones necesarias para el ejercicio de su derecho. Art. 261 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 906. — La cesión de un crédito derivado de un título al portador tiene lugar por la entrega del título.

Ver: arts. 1689 C. francés; 171 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia y 261 y 266 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 907. — Por efecto de la cesión, el crédito se transfiere al cesionario con la fuerza ejecutiva del título que lo comprueba, si éste la tuviere, aunque la cesión estuviere bajo firma privada, y todos los derechos accesorios, como la fianza, la hipoteca, la prenda, los intereses vencidos y los privilegios del crédito que no fueren meramente personales, con la facultad de ejercerlos, nacida del crédito transferido.

El cedente no puede transferir al cesionario, sin el consentimiento del constituyente, la posesión de la cosa recibida en prenda; en caso de disentimiento, el cedente quedará encargado de la custodia de la prenda bajo la responsabilidad del depositario.

Pueden las partes convenir que los intereses vencidos se excluyan de la cesión.

Ver: arts. 1458 C. argentino; 1519 del Anteproyecto de Bibiloni; 170 parágrafo 1º del C. F. suizo de las Obligaciones; 401, 402, 444, 448 parág. 2º del C. alemán; 1263 C. italiano; 1692 C. francés; 1569 C. holandés; 793 C. portugués; 1066 C. brasileño; 1528 C. español; 1906 C. chileno; 1761 C. uruguayo; 2615 C. de Luisiana; 1964 C. colombiano; 1967 C. ecuatoriano; 1668 C. hondureño; 2725 C. nicaragüense; 1552 C. venezolano; 2032 C. mexicano; 1635 C. guatemalteco; 1109 C. costarricense; 170 segunda parte de la República de Polonia; 262 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Cuanto a los intereses vencidos, no hay uniformidad, pues, en tanto se estatuye por el art. 1458 del C. argentino que dichos intereses se transfieren de pleno derecho por efecto de la cesión, el art. 170 in fine del C. F. suizo de las Obligaciones sólo presume que ellos han sido cedidos con el crédito principal, de donde se infiere que admite la prueba en contrario; y el in fine del art. 1263 del C. italiano preceptúa que los intereses vencidos quedan excluídos de la cesión, salvo pacto en contrario, lo cual es conforme con el in fine de su art. 821 según el cual "Los frutos civiles se adquieren día por día, en razón de la duración del derecho".
La verdad es que los intereses vencidos hasta el día de la cesión, si las partes no los excluyeron de ella, pertenecen al cedente, quien como dueño o propietario de dichos frutos del capital, es libre de incluirnos en la cesión, sin perjuicio de reservarlos para sí, como lo preceptúa nuestro artículo 907, concordante con el parág. 2º del art. 900.
Lo dispuesto acerca de la transferencia de la posesión de la cosa dada en prenda del crédito cedido es conforme con el principio según el cual la cesión no importa ningún cambio objetivo de la obligación. El constituyente de la prenda ha confiado en la persona del cedente al entregarle la cosa objeto del gravamen, pero podría no confiar en igual medida en el cesionario, razón por la cual debe contarse con su consentimiento. Si las partes no se avienen, el cedente es considerado como un depositario de la cosa por cuenta de otro.

Art. 908. — Respecto de terceros que tengan un interés legítimo en contestar la cesión para conservar derechos adquiridos después de ella, la propiedad del crédito no es transmisible al cesionario, sino por la notificación del traspaso al deudor cedido, o por la aceptación de la transferencia de parte de éste.

La notificación de la cesión será válida, aunque no sea del instrumento de la cesión, si se le hiciere saber al deudor la convención misma de la cesión, o la substancia de ella.

Ver: arts. 1459 y 1460 C. argentino; 1690 C. francés; 1264 C. italiano; 789 C. portugués; 407 C. alemán 1267 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1902 C. chileno; 1758 C. uruguayo; 1550 C. venezolano; 2037 C. mexicano; 1960 C. colombiano; 1962 C. ecuatoriano; 1666 y 1667 C. hondureño; 2720 C. nicaragüense; 2613 C. de Luisiana; 1104 C. costarricense; 1526 y 1527 C. español; 1069 C. brasileño; 1633 C. guatemalteco; 173 C. de las Obligaciones de la R. de Polonia; 263 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1521 y 1522 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 909. — La notificación debe hacerse, bajo pena de nulidad, por disposición judicial, o por medio de notario con entrega del testimonio fehaciente de la escritura de cesión. El conocimiento que indirectamente hubiere adquirido el deudor, no valdrá por notificación ni por aceptación de la cesión, y no impedirá a éste excepcionar el defecto de cumplimiento de las formalidades prescriptas.

Ver: art. 1522 segundo parág. y 1523 del Anteproyecto de Bibiloni; 1461 C. argentino.

Art. 910. — Si los hechos y las circunstancias del caso demostraren de parte del deudor una colusión con el cedente, o una imprudencia grave, el transpaso del crédito, aunque no estuviere notificado ni aceptado, surtirá respecto de él todos sus efectos.

Esta disposición es igualmente aplicable a un segundo cesionario culpable de mala fe, o de una imprudencia grave, y la cesión, aunque no estuviere notificada o aceptada, podría oponérsele por el sólo conocimiento que de ella hubiere adquirido.

Ver: arts. 1462 y 1463 C. argentino; 1524 y 1525 del Anteproyecto de Bibiloni, y 1264 segunda parte del C. italiano, según el cual el deudor que antes de la notificación paga al cedente no queda liberado, si el cesionario prueba que él estaba en conocimiento de la cesión realizada. Según esto, el mero conocimiento indirecto de la cesión de parte del deudor, que paga, supone la colusión de ambos, que como confabulación que es, supone un acuerdo para dañar a otro, o sea un entendimiento fraudulento. Ver lo que a este propósito dejamos explicado en el Nº 1480, t. II, pág. 717 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 911. — En caso de quiebra del cedente, la notificación de la cesión, o la aceptación de ella, puede hacerse después de la cesación de pagos; pero sería sin efecto respecto a los acreedores de la masa fallida, si se hiciere después del juicio de la declaración de quiebra.

Ver: arts. 1464 C. argentino; 1526 del Anteproyecto de Bibiloni. Ver el Nº 1483 t. II, pág. 719 de nuestro tratado de las Obligaciones.

Art. 912. — La notificación o aceptación de la cesión será sin efecto cuando haya un embargo hecho sobre el crédito cedido; pero la notificación tendrá efecto respecto de otros acreedores del cedente, o de otros cesionarios que no hubieren pedido el embargo.

Ver: arts. 1465 C. argentino; 1527 del Anteproyecto de Bibiloni. Ver lo que dejamos expuesto acerca de este precepto bajo el Nº 1484, t. II, pág. 720 de nuestro Tratado de las Obligacions y los autores allí citados.

Art. 913. — Si el mismo crédito ha sido objeto de varias cesiones otorgadas en distintos días a personas diversas, prevalecerá la cesión notificada primeramente al deudor, o aquella que ha sido primeramente aceptada por él, por acto de fecha cierta, aun cuando la misma sea de fecha posterior.

Si las notificaciones se hubieren diligenciado en el mismo día, sin que en ninguna de las respectivas actas se estableciere la hora de su realización, los diferentes cesionarios quedarán en igual línea. Si la hora de la notificación fuere consignada en el acta de notificación, prevalecerá la primera.

Ver: sobre el parágrafo 1º, el art. 1265 del C italiano, y sobre el parág. 2º, el art. 1466 C. argentino y 1528 del Anteproyecto de Bibiloni.
Omitiéndose por los escribanos la consignación de la hora en que llevan a cabo las diligencias de notificación, era explicable que en la duda quedasen en un pie de igualdad los diversos cesionarios que hiciesen notificar al deudor en el mismo día. A evitar esta ingrata situación mira la reforma que Inspirada en el art. 1265 del C. italiano auspiciamos en nuestro art. 910.

Art. 914. — La notificación y aceptación de la transferencia causa el embargo del crédito a favor del cesionario, independientemente de la entrega del título constitutivo del crédito, y aunque un cesionario anterior hubiere estado en posesión del título; pero no es eficaz respecto de otros interesados, si no es notificado por un acto público.

Ver: arts. 1467 C. argentino; 1529 del Anteproyecto de Bibiloni y lo que acerca de este precepto dejamos expuesto bajo el Nº1475 de nuestro Tratado de las Obligaciones. t. II, pág. 714. Ver: art. 674 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 915. — El deudor cedido queda libre de la obligación por el pago hecho al cedente antes de la notificación o aceptación del transpaso, si el cesionario no prueba que estaba en conocimiento de la cesión realizada.

Ver: arts 1468 C. argentino; 1530 Anteproyecto de Bibiloni; 1264 segunda parte del C. italiano. Ver Nº 1479, t. II, pág. 716 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y art. 675 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 916. — Puede igualmente el deudor oponer al cesionario cualquiera otra causa de extinción de la obligación, y toda presunción de liberación contra el cedente, antes del cumplimiento de una u otra formalidad, como también las mismas excepciones y defensas que podía oponer al cedente.

Ver: arts. 1469 C. argentino; 1531 Anteproyecto de Bibiloni; 675 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 917. — Los acreedores del cedente pueden, hasta la notificación del transpaso del crédito, embargar el crédito cedido; pero una notificación o aceptación después del embargo importa oposición al embargo.

Ver: arts. 1471 C. argentino; 1533 del Anteproyecto de Bibiloni; y lo que dejamos expuesto bajo los Nº 1484, 1486 y 1487 del t. II, de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 918. — Aunque no esté hecha la notificación o acepfación del traspaso del crédito, puede el cesionario ejecutar todos los actos conservatorios, respecto de terceros, del crédito cedido.

Por su parte, el cedente conserva hasta la notificación, o aceptación de la cesión, el derecho de hacer, tanto respecto de terceros, como respecto del mismo deudor, todos los actos conservatorios del crédito.

Vr: arts. 1472 y 1473 del C. argentino; 1534 y 1535 del Anteproyecto de Bibiloni; 676 del Proyecto argentino de 1936 y lo que bajo el Nº 1492, t. II, pág. 732 de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos explicado.

Art. 919. — El deudor puede oponer al cesionario, todas las excepciones que podría hacer valer contra el cedente, aunque no hubiere hecho reserva alguna al ser notificado de la cesión, o aunque la hubiere aceptado pura y simplemente, con sólo la excepción de simulación y el pacto de no ceder.

Puede oponer todas las excepciones que le competen personalmente y la compensación con los créditos que le adeuda el cesionario, aunque fueran de fecha anterior a la notificación.

Si el contrato de que nace el crédito fuere sinalagmático, tendrá el deudor cedido el derecho de exigir de su contratante el cumplimiento de sus obligaciones, y después de la notificación o aceptación puede oponer al cesionario las excepciones derivadas de la falta de cumplimiento exacto. Conserva el derecho de pedir la resolución del contrato.

Quedan exceptuados de esta disposición los títulos al portador.

Ver: Sobre los dos primeros parágrafos, los arts. 1474 del C. argentino; 1536 del Anteproyecto de Bibiloni y lo que dejamos expuesto en nuestro Tratado de las Obligaciones bajo los ns. 1493, t. II, pág. 712 y Nº 1699, t. III, pág. 174. Sobre el paráq. 3º los arts. 1536 segunda parte y 1520 segunda parte del Anteproyecto de Bibiloni y sus respectivas apostillas. Ver igualmente: arts. 169 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 404 C. alemán; 1072 C. brasileño.

Art. 920. — El cesionario parcial de un crédito no goza de ninguna preferencia sobre el cedente; a no ser que éste le haya acordado expresa-

mente la prioridad, o le haya garantizado de otra manera el cobro de su crédito.

Ver: arts. 1475 C. argentino; 1538 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 921. — Cuando la cesión es a título oneroso, el cedente de buena fe responde de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la cesión, a no ser que lo haya cedido como dudoso; pero no responde de la solvencia del deudor o de sus fiadores, a no ser que la insolvencia sea anterior y pública.

Aun en estos dos casos, si la deuda existía y no fuere pagada, el cedente sólo estará obligado a la restitución del precio recibido con sus intereses legales y al pago de los gastos del contrato y notificación.

Ver: arts. 1266 C. italiano; 1476 C. argentino; 955 incisos 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936 y 1539 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni.
La segunda parte es nueva. Procede del parág. 2º del art. 1539 del citado Anteproyecto; inc. 3º del art. 955 del Proyecto argentino de 1936; 1636 y 1694 del C. francés y 1460 de Goyena.

Art. 922. — Si el crédito no existía al tiempo de la cesión, el cesionario tendrá derecho a la restitución del precio pagado, con indemnización de pérdidas e intereses, mas no tendrá derecho a exigir la diferencia entre el valor nominal del crédito cedido y el precio de la cesión.

Del cedente de mala fe, podrá el cesionario exigir la diferencia del valor nominal del crédito cedido y el precio de la cesión.

Ver: arts. 1477 y 1478 C. argentino; 1540 del Anteproyecto de Bibiloni; 959 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 923. — Si el cedente ha garantizado la solvencia del deudor, esta garantía sólo se entiende referida a la solvencia actual. No se extiende a la futura salvo pacto en contrario.

Garantizando el cedente la solvencia actual del deudor, responde dentro de los límites de cuanto ha recibido; debe abonar además los intereses, reembolsar los gastos de la cesión y los que el cesionario haya soportado para ejecutar al deudor, y resarcir el daño. Todo pacto dirigido a agravar la responsabilidad del cedente queda sin efecto.

La garantía así prestada cesa si la falta de realización del crédito por insolvencia del deudor es imputable a negligencia del cesionario e iniciar o en proseguir las instancias contra dicho deudor.

Ver: sobre el parág. 1º, el art. 1479 y 1480 C. argentino; 1541 del Anteproyecto de Bibiloni; 957 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre los parágrafos 2º y 3º ver el art. 1267 del C. italiano; 1694 C. francés; 268 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, y el art. 1482 del C. argentino.

Art. 924. — El cesionario no puede recurrir contra el cedente en los casos expresados sino después de hacer excusión de los bienes del deudor y efectivas las fianzas y garantías reales constituídas en seguridad del crédito.

Ver: arts. 1481 C. argentino; 1543 del Anteproyecto de Bibiloni; 959 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 925. — Si la cesión fuere gratuita, el cedente no será responsable para con el cesionario, ni por la existencia del crédito, ni por la solvencia del deudor.

Ver: arts. 1484 C, argentino; 1545 del Anteproyecto de Bibiloni; 1266 in fine del C. italiano.

CAPITULO XIII

De la delegación, la expromisión y la responsabilidad de tercero

Art. 926. — Si el deudor asigna al acreedor un nuevo deudor, el cual

se obliga para con el acreedor, el deudor originario no queda liberado de su obligación, salvo que el acreedor declare expresamente que le libera.

Sin embargo, el acreedor que ha aceptado la obligación del tercero no puede dirigirse contra el delegante, si antes no ha requerido el cumplimiento al delegado.

Ver: art. 814 del C. argentino; 1275 C. francés; 1268 C. italiano; 1203 inc. 2º C. español; 802 inc. 2º C. portugués; 1631 inc. 3º C. chileno; 1690 inc. 3º C. colombiano; 1687 inc. 3º y 1691 C. ecuatoriano; 1482 inc. 2º hondureño; 2096 inc. 3º C. nicaraguense; 1526 in. 3º C. uruguayo; 863 inc. 2º C. boliviano; 1317 C. venezolano; 814 inc 2º C. costarricense; 2338 y 2342 C. guatemalteco; 364 parág. 2º C. alemán; 199 inc. 2º y 202 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1147 del **Esboço** de T. de Freitas; 999 inc. II) C. brasileño. El C. Federal suizo de las Obligaciones reformado no enumera, como en el art. 142 del Código anterior, las condiciones a que se subordina la novación, y entre ellas la **subjetiva**, que tiene lugar por cambio de acreedor o de deudor. Ellas son hoy materia de mera interpretación de su art. 116 según el cual "**La novación no se presume**". El art. 855 del C. Civil suizo contempla casos de novación. A imitación del art. 415 del C. alemán, el art. 175 del C. Federal suizo de las Obligaciones legisla la **asunción de deuda**, que, como la cesión, desde el punto de vista activo, constituye desde el punto de vista pasivo, una sucesión a título singular sin novación. El primer caso de asunción de deuda es la **asunción cumulativa de deuda** que se da por ejemplo, cuando un capitalista se obliga con un constructor de solvencia insuficiente, por todas sus deudas, sin que por tal obligación del nuevo deudor quede el constructor liberado de las suyas. En este caso se aplican las reglas de la estipulación en favor de terceros. La segunda hipótesis es la de **asunción de deuda para su ejecución**, la cual tiene lugar por la promesa hecha al acreedor de satisfacerle en todo o en parte de modo que él quede satisfecho, caso reglado por el art. 175. Por último disciplina el Código la **asunción de deuda propiamente dicha** que es la que tiene lugar por cambio de deudor con asentimiento del acreedor. Puede tener lugar por medio de un contrato especial entre el nuevo deudor y el primitivo. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, pág. 309 y ss., y Rossel, opus cit. t. I, Nº 354, pág. 238 y ss.).

Sobre el art. 814 del C. argentino, ver lo que dejamos explicado en los Nºs 1671 a 1671 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Nuestro art. 907 es copia literal del art. 1263 del C. italiano de 1942, cuyos compiladores, perfectamente informados de la disciplina de la asunción de deuda de los arts. 414 a 419 del Código alemán, trasegados por Bibiloni a los arts. 1213 a 1221 de su Anteproyecto, prefirieron reglamentar a su vez la sucesión en la deuda a título particular, —operación inversa a la cesión de créditos— pero impregnando sus preceptos del espíritu latino y la concepción latina del Derecho, con mira, sin duda, a evitar que ellos tropiecen en su aplicación con la resistencia de la tradición jurídica de la nación llamada a recibirlos por su ley civil, tan distinta de la germana, trasuntada en la doctrina de sus pandectistas, si sabia, proclive al abuso de las abstracciones. Explícase así que la explicación jurídica del sistema de la asunción de deuda, concebido por Delbruck en 1853 (**Die Uebernahme fremder Schulden, nach gemeinem und prussischem Rechte**), aclarado en 1864 por Salpius en su libro: **Novation und Delegation**; por Windscheid en su **Diritto delle Pandette**, t. II, parág. 338, pág. 305 (versión italiana y notas de Fadda y Bensa); en 1895 por Saleilles en su **Etude sur la Theorie Generale de L'Obligation**, (Nºs 84-105, pág. 76, y ss., 3ª edición); en 1937 por Gaudemet en su **Theorie Generale des Obligations**, pág. 475-479) y en 1904 por Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Levy-Ullmann y el propio Saleilles en su versión francesa y notas del **Code Civil Allemand**, t. I, pág. 598 y ss., amén de otras obras, haya sido al principio tan discutida en Alemania, al punto de negarse allí la posibilidad de una sucesión a título particular en la deuda sin novación y pérdida de las seguriades y de las excepciones relativas a la primitiva deuda. Mas superada estas objeciones por el abandono de la antigua y estrecha concepción romana de la obligación, como vínculo puramente personal, y la admisión del principio según el cual el crédito es hoy considerado como un valor patrimonial, independiente de la personalidad de su titular, se impuso la doctrina de la sucesión a título particular en la deuda, desde que ésta no es sino un crédito contemplado desde el punto de vista pasivo. Quedó así resuelto el problema legislativo de liberar al antiguo deudor al mismo tiempo de obligar al nuevo. Por el mismo camino quedó resuelta la dificultad de transferir la deuda, en su integridad jurídica, del antiguo deudor al nuevo, pero asegurada la subsistencia de las garantías y excepciones que la protegen. Arguyen los sostenedores de esta doctrina que, si en la cesión de créditos puede imponerse al deudor un nuevo acreedor, desde que la cesión puede tener lugar sin su intervención, no es posible imponer al acreedor un cambio de deudor sin su consentimiento, desde que en el caso contrario bien podría un deudor insolvente substituir al solvente elegido por el acreedor. Siendo así, se convino en que para que la asunción de deuda libere al antiguo deudor, era necesario el consentimiento del acreedor. No bastaría, pues, el mero acuerdo del primitivo deudor con el nuevo para que tenga lugar la asunción privativa de deuda. Era menester que se la realizase con intervención del acreedor, tal como lo estatuyen los arts. 414 y 415 del C. alemán y 175 parág. 1º y 176 del Federal suizo de las Obligaciones. Si el contrato no se celebra con intervención del acreedor, la asunción privativa de deuda no podrá serle opuesta hasta que él le preste su adhesión.

Tan honda como era la transformación de la concepción romana de la obligación, como vínculo estrictamente personal, tuvo resonancia primero en el Código Federal suizo de las Obligaciones y después en los art. 300 a 307 del Código de la República de China hoy abrogado y posteriormente en el C. italiano de 1942, no sin ser soslayada por los compiladores del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos (ver Rapport, pág. CXI), y del C. de las Obligaciones y los contratos de la República de polonia. Explicando Colagrosso —miembro del Comité de la reforma del C. italiano— el art. 1268, modelo de nuestro art. 926, dice que dicho precepto provee la **delegación del débito (delegado promittendi)** en su forma típica: la **cumulativa (simple o imperfecta)** y la **novativa o perfecta**. La primera ha adquirido, según la nueva disciplina, una propia individualidad jurídica, quedando desintegrada de la delegación novativa. Tiene ella lugar si un nuevo deudor es asignado al acreedor para que asuma en nombre propio una determinada obligación y el acreedor lo acepta, pero sin liberar al primitivo deudor. Siendo así, como lo es, un segundo deudor se agrega al primero.

"La práctica utilidad de tal forma de asunción de la deuda de otro —agrega nuestro autor— es esencialmente representada por el hecho de que concurriendo una tercera voluntad, sin efecto liberatorio, el acreedor delegatario adquiere dos deudores, del cual, el originario (delegante) no podrá ser excutido, sino cuando el cumplimiento haya sido inútilmente requerido al nuevo deudor (delegado)".

Tales son las características de la **delegación cumulativa pasiva**, sólo realizable por el concurso de tres voluntades para la realización de la prestación indirecta, y de cuyo concurso coherente nace una relación única, siquiera exteriormente plurilateral, concentrada en una sola prestación en dos sujetos, o en dos prestaciones entre tres personas distintas.

"La **delegación de deuda apoya** sus tres distintas relaciones: 1º) la de provisión o cubertura por mediación de delegante y delegado y es la razón de ser de la cooperación prestada del deudor delegado; 2º) la de valor (valuta), por mediación de delegante y delegatario, realizada por la obligación asumida por el delegado; y 3º) la constituida entre delegado y delegatario, resuelta en la facultad de este último de aceptar el pago

de parte del delegado. Una aplicación típica de la **delegación cumulativa pasiva** es la del crédito confirmado **de banco sobre documento.**

Las dos primeras relaciones representan el momento preparatorio, y la tercera el ejecutivo. Sobre estas bases la doctrina ha construído la compleja figura de la delegación descompuesta en **dos negocios de autorización y un negocio unilateral,** nacidos los dos primeros de la voluntad del delegante, y el otro de la voluntad del delegado.

"La autorización es doble:**prometiente** y **estipulante,** consistiendo la primera en la autorización del delegante al delegado para la coasunción de la obligación; y fundándose, la otra en la autorización del delegante al delegatario a aceptar al nuevo deudor.

En cambio, la relación entre delegado y delegatario se ofrece como **negocio unilateral,** dado que la obligacion nace de la sola declaración de voluntad del prometiente.

No hace falta agregar que siendo así, como lo es, mal puede confundirse la **delegación cumulativa** con la **delegación novativa** a que se refiere el art. 923 del presente Código y el 814 del C. argentino, subordinada en su perfección a la expresa voluntad liberatoria del acreedor respecto del deudor originario o delegante. Finalmente el in fine de nuestro art. 926 consagra la decisión jurisprudencial italiana acerca de la cuestión de saber si aceptada por el acreedor la obligación asumida por el delegado, debe primero excutir los bienes del delegante o por el contrario los del delegado, al estatuir que el acreedor no puede dirigir su acción contra el primitivo deudor, cuya obligación reviste por la delegación carácter subsidiario, sino contra el delegado quien por el mismo negocio asume la posición substancial del deudor principal.

Se rechaza así el concepto de una obligación solidaria de delegante y delegado. La obligación del delegante queda así subordinada a la condición suspensiva de que el nuevo deudor no cumpla la obligación que él ha asumido (ver autor y opus cits. **Parte Generale,** Nos. 130 a 132, págs. 150 y ss.; y F. Pellegrini, in **Codice Civile —Libro delle Obbligazioni** de Amelio y Finzi, t. I, pág. 201).

Art. 927. —Si el deudor ha delegado un tercero para efectuar el pago, podrá éste obligarse a favor del acreedor, salvo que el deudor lo haya prohibido. El tercero delegado para efectuar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando sea deudor del delegante.

Ver: art. 1269 C. italiano. Sin antecedente en los códigos europeos anteriores, salvo lo estatuído por el art. 1273 del C. italiano abrogado, según el cual: "**La simple indicación hecha por el deudor de una persona que deba pagar por él,** no produce novación. Tampoco la produce la indicación hecha por el acreedor de una persona que deba recibir por él el pago", copia literal del art. 1277 del C. francés; 2190 del C. de Luisiana; 806 C. portugués; 1632 C. chileno; 1531 C. uruguayo; 1317 C. venezolano; 869 C. boliviano; 2347 C. guatemalteco; 819 C costarricense; 1691 C. colombiano; 1688 C. ecuatoriano; 2101 C. nicaraguense.

Viene nuestro art. 927 de la distinción que la doctrina italiana estableció entre la **delegatio promittendi** que implica el surgimiento de una nueva obligación (del delegado hacia el delegatario), en substitución de la primera, y la **delegatio solvendi,** que mira al cumplimiento de una prestación, distinta de la obligación del deudor delegado. Consiste la diferencia en que mientras la primera se traduce en una relación de obligación, la segunda se resuelve en una relación **real de dación,** de donde viene que esta última haya sido equiparada a la **assignatio** o diputación para solp una **solutio,** no a una promissio de parte del delegado.

Aun cuando entre ambas formas de delegación no existe una substancial diferencia, nuestro artículo, como su modelo el 1269 del C. italiano, resuelve una cuestión importante en la práctica, cual es la facultad del delegado para realizar un pago de obligarse directamente en favor del acreedor, caso en el cual la delegación de pago se transforma en una delegación obligatoria y queda sometida a la norma pertinente.

Estatuye además nuestro artículo que el delegante puede prohibir al delegado que asuma la nueva obligación, en el interés de conservar respecto del delegado el poder de revocar su asignación, como lo preceptúa el artículo siguiente.

Finalmente dispone nuestro artículo que el delegado para efectuar el pago no está obligado a aceptar el encargo, aun cuando fuese deudor del delegante.

Art. 928. — El delegante puede revocar la delegación mientras el delegado no haya asumido la obligación respecto del delegatario o no haya realizado el pago a favor de éste.

El delegado puede asumir la obligación o ejecutar el pago a favor del delegatario, aun después de la muerte o de la sobrevenida incapacidad del delegante.

Ver: arts. 1270 C. italiano; sin otro antecedente en el Código abrogado que la admisión por la doctrina civil italiana de la revocabilidad del mandato o autorización del delegante en tanto el delegado no hubiese creado la relación final entre él y el delegatario, a menos que su irrevocabilidad fuese pactada u objeto de una disposición de la ley.

La decisión de nuestro artículo puso fin a toda controversia al estatuir la revocabilidad del mandato, sea que la delegación mire a la asunción de la deuda por una nueva obligación o por el pago de ella.

También nuestro artículo resuelve la ardua controversia doctrinal suscitada acerca de la facultad del delegado de asumir la obligación o de efectuar el pago después de la muerte del delegante o de la sobrevenida incapacidad que sufriere al convalidar cualquiera de ambas operaciones.

Art. 929. — El delegado puede oponer al delegatario las excepciones relativas a sus relaciones con él.

Si las partes no han pactado otra cosa, el delegado no puede oponer al delegatario, aunque éste hubiere tenido conocimiento de ello, las excepciones que habría podido oponer al delegante salvo que sea nula la relación entre delegante y delegatario.

Tampoco puede oponer el delegado las excepciones relativas a la relación entre el delegante y el delegatario, si las partes no han hecho expresa referencia a ello.

Ver: arts. 1271 C italiano; 207 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos.
Dejando de lado la aguda controversia a que dió lugar la aplicación del art. 1728 del Código italiano abrogado, y refiriéndonos al texto expreso de nuestro art. 929, hemos de repetir aquí lo que acerca de su modelo enseñan Colagrosso y Pellegrini, dos de los más autorizados glosadores del Código de 1942. Según el primero de ambos, nuestro artículo constituye el punto de apoyo de la disciplina de la delegación en lo atinente al punto neurálgico de la compleja y turbia materia.

"El problema —agrega nuestro autor— es dominado por la distinción entre **delegación pura o abstracta** y **delegación titulada o causal.**

"En la primera, la relación del delegado y delegatario es independiente de la relación interna que une al delegante con el deudor delegado y con el acreedor delegatario. Caracteriza, en cambio, a la segunda el hecho de que la relación del delegado con el delegatario encuentra su **causa debendi** en la relación interna (delegante-delegado y delegante-delegatario), y asume característica objetiva.

"El nuevo Código ha acogido el instituto de la delegación en su forma pura, de modo que la obligación del delegado se presenta como **nueva**, distinta de otra relación, aislada de su causa jurídica, y por consiguiente, con los atributos de la más típica **abstracción.**

"Dos razones prácticas permitieron la admisión de la delegación abstracta: a) que el delegado no tiene interés en indagar el contenido de la relación del delegante y el delegatario, al asumir la obligación directa a favor del acreedor sobre la sola base de la autorización causal; b) que, por otra parte, el acreedor, una vez aceptado el nuevo deudor, no debe ser expuesto a la excepción que el delegado podría eventualmente oponer en relación al delegante.

"Por aplicación de estos principios, dos son las direcciones esenciales en que el delegado puede oponer excepciones:

"A) La excepción inherente a su relación directa con el acreedor, como la fundada en su propia incapacidad, o en los vicios de la voluntad, o la simulación, o la extinción de la deuda, siempre que se refiera al negocio final entre él y el acreedor. Se excluyen los vicios subjetivos y objetivos de las otras hipótesis disciplinadas en los dos parágrafos siguientes.

"B) No puede fundar excepción en sus relaciones internas con el delegante, cualquiera que sean ellas (pago, constitución de deuda, liberalidad), por cuanto el delegatario no ha tenido originario conocimiento de tales hechos y porque el conocimiento que posteriormente pudo tener sería indiferente conforme con los principios generales de la buena fe. Si el delegante no cumple la contraprestación prometida por el al delegado, si sobreviene una causa resolutiva entre ambos, si directamente era nula la misma relación, el delegatario, sabedor de ello, podrá oponer en su ayuda esta norma prohibitiva, fundada en el hecho de que el delegatario no percibe otra cosa que lo suyo o sea aquello que esperaba sobre la base de su originaria relación con el delegante. Lo percibirá del uno más pronto que del otro, pero la presunción de la ley en el silencio de las partes es que el delegado solo se ha reservado la eventual acción de regreso contra el delegante. Esta consecuencia se produce en cualquiera especie de delegación porque la norma no contiene exclusión o limitación relativa a la precedente forma delegativa. Puede la delegación ser cumulativa o liberativa, y podría el delegado haber asumido de propia iniciativa la deuda del delegante para efectuar su pago. Sólo dos excepciones son admitidas contra la regla: a) que las partes hayan pactado lo contrario; y b) que, junto con los vicios extintivos de la relación de que se trata, concurra la nulidad de la relación entre delegante y delegatario.

La primera excepción contempla la llamada **delegación titulada** o sea condicionada a la suerte de la relación de provisión. Tendría lugar si el delegado dijese al delegatario: "**Cumpliré sólo si llega a buen fin la provisión que me ha prestado, me presta o me prestará el delegante para asumir la presente obligación**". En este caso la obligación del delegado sería condicional. Si, por ejemplo, dice Pellegrini, se trata de un precio de venta debido por el delegado, el respectivo incumplimiento del vendedor delegante podrá ser opuesto al delegatario como una verdadera condición frustrada. Se presume que en tal hipótesis se haya estipulado la delegación cumulativa normal del art. 927 del presente Código. No conviene al delegatario liberar al incondicionado deudor para adquirir otro subordinado a condición. Para liberarlo, no bastará al delegatario requerir el pago al delegado, sino que deberá excutir al nuevo deudor que es actualmente el unico que queda sobre la base de la relación delegativa. Sólo después de un juicio negativamente terminado, o bien de una intimación en garantía del previsto peligro de incumplimiento, podrá él accionar contra el viejo deudor delegante que no le ha pagado ni a él ni al delegado, y que por aplicación de la nulidad de la **solutio**, recobrará su calidad de deudor.

La segunda hipótesis en que el delegado está autorizado a oponer al delegatario el incumplimiento o la nulidad de la provisión, deriva de una antigua tradición que remonta a Pothier y se funda en una evidente razón de equidad. (autor cit. **Traité des Obligations**, Nº 602, pág. 320, in Oeuvres, t. II, 2ª edición). Si, en efecto, la obligación originaria era nula y al mismo tiempo se controvierte la existencia de la relación de provisión, el delegatario no cobraría más de lo que alguno le debía, pero se enriquecería en daño del uno o del otro. Este, por otra parte, sólo se verificaría provisoriamente, desde que, faltando la relación interna, el delegado, si fuese constreñido a pagar, dirigiría su acción contra el propio contrayente obligado a provérle, o sea contra el delegante; y éste, a su vez, adquiriría el derecho de repetir del delegatario todo lo que le había hecho pagar al propio delegado. El largo giro de estas dos acciones de regreso se evita con la norma del segundo parágrafo, la cual atribuye directamente al delegado el derecho de demandar la nulidad de la obligación originaria hacia el delegatario, como presupuesto necesario y suficiente de la excepción fundada en la relación interna de provisión, de otro modo, inoponible. Si, en cambio, se tratase de una relación fundada en causa ilícita, el preciso y evidente conocimiento del delegatario le expondría a la eficaz excepción del delegado, porque entonces la delegación sólo serviría para eludir la ley prohibitiva y pasar en cabeza del delegatario un crédito destituido de acción. En tal caso, el conocimiento del delegatario es directa y necesaria participación en el fraude a la ley.

"La tercera excepción que el delegado puede oponer al delegatario es la contemplada en el parágrafo tercero de nuestro artículo respecto a la relación originaria de provisión entre delegante y delegatario, sólo admisible si las partes han hecho expresa referencia a ello. Basta, por tanto, la expresa referencia, aunque sin el opuesto pacto, para que la obligación originaria pase en cabeza del delegado con todo el pasivo de la excepción causal. La relación del delegante-delegatario debe estar expresamente inserta en el acto en que el delegado asume directamente la obligación a favor del delegatario. No sería suficiente una referencia tácita.

Los principios enunciados encuentran aplicación tanto en la delegatio solvendi, cuanto en la delegatio novativa pasiva. (ver Collagrosso, opus cit. Parte Generale, pág. 158-161; Pellegrini, in Amelio y Finzi, opus cit. t. I, pág. 207 a 212 y Messineo, opus cit. t. IV, pág 179).

Art. 930. — El tercero que, sin delegación del deudor asume ante el acreedor su deuda, queda solidariamente obligado con el deudor originario, si el acreedor no declara expresamente que libera a este último.

Si no se ha convenido otra cosa, el tercero no puede oponer al acreedor las excepciones fundadas en sus relaciones con el deudor originario.

Puede oponerle, en cambio, las excepciones que el deudor originario

habría podido oponer al acreedor, si no son personales a este último y no derivan de hechos posteriores a la expromisión. No puede oponerle la compensación que habría podido oponer al deudor originario, aun cuando se haya verificado antes de la expromisión.

Ver: arts. 1272 C. italiano; 1274 C. francés; 815 C. argentino; 1452 C. holandés; 2187 C. de Luisiana; 1205 C. español; 805 C. portugués; 1637 C. chileno; 1532 C. uruguayo; 1001 y 1002 C. brasileño; 1318 C. venezolano; 2348 C. guatemalteco; 1696 C. colombiano; 1693 C. ecuatoriano; 2096 inc. 3º C. nicaragüense; 1484 C. hondureño; y lo que dejamos explicado bajo el Nº 1674 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. III, pág. 152). Sobre el parág. 3º, ver: art. 417 C. alemán y 179 C. Federal suizo de las Obligaciones y 201 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos y art. 1218 del Anteproyecto de Bibiloni y 682 del Proyecto argentino de 1936.

Nuestro art. 930, como su modelo el 1272 del C. italiano, contempla la **expromisión**, caracterizada por la asunción espontánea y directa de una obligación de parte del nuevo deudor hacia el acreedor originario, sin conocimiento o consentimiento del deudor primitivo.

La delegación por el contrario, es una iniciativa del deudor originario (delegante) quien por lo común se dirige al acreedor (delegatario) al mismo tiempo que al tercero (delegado), diputándolo para hacer el pago u obligarse hacia el delegatario.

La expromisión puede ser **simple** (cumulativa) cuando el nuevo deudor se suma al primero, y queda con él solidariamente obligado, o **novativa** cuando el acreedor que acepta la asunción de la deuda por el tercero expresa su voluntad de liberar al deudor originario, substituyéndolo con el segundo. En este caso se habla con más propiedad de **adpromissio**, que es una **novación subjetiva pasiva.**

No siendo el deudor originario parte en la expromisión sólo experimenta la consecuencia refleja de la intervención del tercero, la cual se determina según cada caso en su relación con el tercero y se regula por las leyes de la donación, de la gestión de negocios, y si medió oposición del deudor, por las de la **versio in rem.**

Cuanto a las excepciones que el tercero puede oponer es la primera norma que no pueda arguir excepción fundada en sus relaciones con el deudor originario y es la segunda que pueda oponer al acreedor las que el deudor originario habría podido invocar, salvo las excepciones personales al deudor originario, como por ejemplo, la fundada en su incapacidad, o las fundados en hechos sobrevivientes a la expromisión.

Art. 931. — Si el deudor y un tercero convienen en que éste asuma la deuda del otro, el acreedor puede adherirse a la convención, caso en el cual será irrevocable la estipulación hecha a su favor.

La adhesión del acreedor importa la liberación del deudor originario sólo si esto constituye condición expresa de la estipulación o si el acreedor declara expresamente que lo libera.

Si no hay liberación del deudor, queda éste solidariamente obligado con el tercero.

En todo caso el tercero queda obligado hacia el acreedor que se ha adherido a la estipulación dentro de los límites en que ha asumido la deuda, y puede oponer al acreedor las excepciones fundadas sobre el contrato en virtud del cual la asunción se ha verificado.

Ver: arts. 1273 y 1413 del C. italiano; 414 C. alemán; 176 C. Federal suizo de las obligaciones. Hénos aquí ante la **asunción privativa** de deuda, disciplinada por los arts. 414-419 del C. alemán con el nombre de **Schüldubernahme** que aun no legislada por el C. abrogado, estaba, como enseña De Ruggiero, contenida en germen en el ordenamiento jurídico italiano, explicándose así que haya adquirido carta de ciudadanía en el Código de 1942, de donde procede el presente artículo (autor cit. Instituciones, t. II, vol. 1º, pág. 210, versión castellana de Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro, edición Reus).

Los italianos llaman **"accollo del debiti altrui"** a la asunción de la deuda de otro, según puede verse en el extenso capítulo que Pacchioni consagró a esta nueva figura del Derecho, originariamente concebida por Delbrück como **cesión de deuda**, paralela a la cesión de **crédito**, denominación aquella criticada por Pacchioni en razón de su impropiedad, desde que si el crédito es un valor patrimonial suceptible de cesión, por el que el cedente se empobrece y el cesionario se enriquece, la deuda es un no-valor que, al ser cedida, enriquece al cedente y empobrece al cesionario que asume la obligación de pagarla (ver autor cit. **Delle Obligazioni in Generale**, t. I, Nº 72, pág. 362, 3ª edición).

Mas llamando Gaudemet **transport privatif** o **transport parfait** a esta figura, juzga que ella desempeña una función análoga a la de la cesión de crédito en cuanto facilita los ajustes de cuentas, sin desplazamiento de numerario: Secundus, deudor de Primus, no contando con capitales disponibles, puede liberarse por cesión de su crédito contra Pablo o por la asunción de la deuda de Primus en favor de Pedro. En ambos casos la operación produce una consecuencia única, idéntica: el patrimonio de Secundus disminuye, el de Primus aumenta. En lugar del pago de una obligación, la transferencia de deuda puede, como la cesión de crédito, realizar una donación o un préstamo. Todo depende de la convención en ejecución de la cual tiene lugar (ver autor cit. **Théorie Générale des Obligations**, pág. 475).

"Es discutida la naturaleza jurídica del contrato de asunción de deuda concluído con arreglo al art. 415 (del C. alemán), dice a este propósito Enneccerus. Y agrega que según la opinión dominante que, a mi juicio, es la exacta, el deudor conviene con el que asume la deuda que éste se constituya, en su lugar, en deudor de la antigua obligación. Ahora bien, esto convenio contiene una disposición sobre el derecho de crédito (y de aquí viene que se lo explique como teoría de la disposición) del acreedor, ya que éste, en lo futuro, en lugar de dirigirse contra el antiguo deudor, habría de hacerlo contra el nuevo, de manera que el derecho de crédito se modifica, y, por consiguiente, lo mismo que toda disposición, requiere la ratificación del titular. No ha de extrañar que en este caso el acreedor sólo pueda ratificar cuando el deudor o el que en su lugar asume la deuda le hayan notificado la asunción, pues, las partes tienen muchas veces motivos justificados para aplazar la decisión sobre si el negocio ha de ser también vinculante para el acreedor, y este motivo puede ser el esperar a que se consuma la relación jurídica que constituye la base del convenio entre el deudor y el que asume la deuda (ver autor cit. Derecho de Obligaciones, t. I, IV), pág. 409, versión castellana de Pérez González y Alguer, edición Bosch).

Análoga es su caracterización por De Ruggiero, quien al describirla, dice así: "El fenómeno de la transmisión de la deuda a título particular se halla ya en la fugura antes recordada de la **asunción particular**

o liberatoria. Esta —agrega— satisface las condiciones de una verdadera y propia sucesión a título singular, es decir, opera la substitución del deudor originario por el nuevo obligado; produce la liberación de aquél frente al acreedor; mantiene invariada en los demás elementos la relación obligatoria primitiva, sobreviviendo al cambio del sujeto pasivo, tanto los derechos accesorios que representaban el refuerzo de la obligación cuanto las excepciones que podían debilitarla o destruirla.

"La construcción dogmática del negocio jurídico complejo que produce tales efectos es muy discutida. Hay que descartar la idea de que se trata de una convención trifásica de un contrato entre tres personas; tampoco se puede admitir la que lo juzga un contrato entre los dos deudores, por un lado, y el acreedor, por otro. Aparte la extrema facilidad con que por este camino se cae en la asunción novatoria, una y otra exigen la intervención en el contrato del acreedor y excluyen la posibilidad de manifestarse el consentimiento de éste —que es indispensable para que se produzca el efecto liberatorio— en forma que no sea la participación directa en el acuerdo; de este modo se atribuye a la voluntad del acreedor una función preponderante en todo el negocio e innecesaria. Si se considera, en efecto, que para producir la liberación del primer obligado basta una simple adhesión del acreedor al acuerdo entre el primer obligado y el asuntor de la deuda, más correcta habrá de parecer la doctrina que estima que en la asunción privativa hay un contrato entre los dos deudores que se perfecciona con el consentimiento de ambos, sin que precise la intervención del acreedor, produciendo plenos efectos (la liberación del primero) cuando el acreedor preste su adhesión. Esta puede ser expresa o tácita (en la doctrina anterior al Código de 1942, pero no según el parágrafo 2º de nuestro artículo 928 que preceptúa la adhesión expresa); puede discutirse si esta adhesión implica aceptación de un contrato en favor de un tercero (los dos deudores contratan entre sí en favor del acreedor, quien puede declarar que acepta el contrato) o una aceptación de oferta simple o colectiva (los dos deudores celebran el contrato y uno u otro, o ambos, ofrecen al acreedor la convención para que éste acepte el asuntor en lugar del obligado originario), o también si es preferible hablar de una enajenación de cosa ajena (el crédito contra el primer deudor que pertenece al acreedor), o de una disposición de patrimonio ajeno cuya validez resulta condicionada al consentimiento favorable del titular de dicho patrimonio. Todas estas doctrinas reducen a su justa función el consentimiento del acreedor. Si éste lo rehusa (el consentimiento), impide el efecto liberatorio; pero si lo presta, lejos de constituir la convalidación de un negocio que no es aún perfecto, es un mero reconocimiento de la eficacia del mismo en las propias relaciones; esto es, el acreedor se apropia de los efectos del negocio, los cuales se retrotraen al día en que se celebró el acuerdo entre el deudor y el asuntor.

"Siendo, por tanto, idéntica la deuda en la persona del asuntor que en la del primitivamente obligado, subsisten en favor del acreedor, todas las accesiones, como son el derecho a los intereses vencidos, la cláusula penal, las garantías, privilegios, excepción hecha de las garantías personales y aquellas de las reales constituídas por un tercero extraño a la relación (éstas se deben entender constituídas con relación a la persona del primer deudor, sin que puedan extender su garantía respecto a la solvencia del segundo); en favor del asuntor subsisten las excepciones que el deudor originario hubiera podido oponer al acreedor, excepto también las **personae cohaerentes**, o sean las estrictamente personales al primer deudor" (ver autor y opus cits. t. II, vol. 1º, pág. 210 y ss.).

No otra es la explicación de Colagrosso (opus cit. Parte Generale, pág. 163 y ss.; Pellegrini, In D'Amelio y Finzi, opus cit. t. I, pág. 215 y ss.; Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles, opus. cit. t. I, pág. 604). Confróntese además: art. 1215 del Anteproyecto de Bibiloni y 678 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 932. — El acreedor que, a consecuencia de la delegación, ha liberado al deudor originario, no tiene acción contra él si el delegado se hace insolvente, salvo que haya hecho expresa reserva de ello.

Sin embargo, si el delegado era insolvente en el momento en que asumió la deuda frente al acreedor, el deudor originario no queda liberado.

Las mismas disposiciones se observan cuando el acreedor se ha adherido a la responsabilidad del tercero que se ha estipulado a su favor y la liberación del deudor originario era condición expresa de la estipulación.

Ver: art. 1274 C. italiano; 1276 C. francés; 2189 C. de Luisiana; 805 C. portugués; 1002 C. brasileño; 1206 C. español; 816 C. argentino; 1637 C. chileno; 1532 C. uruguayo; 1318 C. venezolano; 1288 C. peruano; 868 C. boliviano; 2343 C. guatemalteco; 1693 C. ecuatoriano; 1485 C. hondureño; 1157 del Esboço de T. de Freitas; 202 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y lo que dejamos explicado bajo el Nº 1676 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Los dos primeros parágrafos se hallan comprendidos en el art. 816 del C. argentino. La acción de regreso del acreedor contra el deudor originario por insolvencia contemporánea a la asunción de la deuda por el delegado, excluye la hipótesis de que dicha insolvencia sea sobreviniente a la aceptación del acreedor, caso en el cual, el deudor originario queda liberado. La enunciada regla —dice Colagrosso— encuentra aplicación aun en el caso de asunción privativa de la deuda, si la liberación del deudor delegante era condición expresa de la estipulación hecha a favor del acreedor.

Art. 933. — En todos los casos en los que el acreedor libera al deudor originario, se extinguen las garantías anexas al crédito, si aquel que las ha prestado no consiente expresamente en mantenerlas.

Ver: arts. 1275 C. italiano; 1278 C. francés; 2191 C. de Luisiana; 807 C. portugués; 1207 C. español; 1642 C. chileno; 803 y 804 C. argentino; 1534 y 1535 C. uruguayo; 1003 C. brasileño; 1320 y 1321 C. venezolano; 1287 C. peruano; 870 y 871 C. boliviano; 2220 C. mexicano; 2345 C. guatemalteco; 1699 a 1701 C. colombiano; 1696 a 1698 C. ecuatoriano; 2104 a 2106 C. nicaraguense; 1124 del Esboço de T. de Freitas; y lo que dejamos explicado sobre los arts. 803 y 804 del C. argentino en los Nos. 1690 a 1694 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. III, pág. 165 y ss.).

Art. 934. — Si la obligación asumida por el nuevo deudor frente al acreedor es declarada nula o anulada, y el acreedor había liberado al deudor

originario, la obligación de éste revive, pero el acreedor no puede valerse de las garantías prestadas por terceros.

Ver: art. 1276 C. italiano. La regla del artículo sufre excepción si los terceros que prestaron su garantía expresan su conformidad en mantenerlas a pesar de la nulidad o anulación de la obligación del delegado.

TITULO II

DE ALGUNAS ESPECIES DE OBLIGACIONES

CAPITULO I

De las obligaciones de dar cosas ciertas

Art. 935. — Si la prestación tiene por objeto cosas individualmente determinadas, comprende todos los accesorios de ellas que fueren tales al tiempo de constituírse la deuda, siquiera no hubiesen sido mencionados en el título.

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

Ver: arts. 575 y 583 C. argentino; 1075 del Anteproyecto de Bibiloni; 610 del Proyecto argentino de 1936; 864 C. brasileño; 1097 C. español; 2013 C. mexicano; 1034 C. boliviano; 1901 C. de Luisiana; 1615 C. francés; 1477, 817, 820 y 821 C. italiano; 1575 C. portugués; 1690 C. uruguayo 1828, 1829 y 1830 C. chileno; 1495 C. venezolano; 1535 C. guatemalteco; 1074 C. costarricense; 1888 a 1890 C. ecuatoriano; 1884 a 1886 C. colombiano; 2584 C. nicaragüense; 1625 y 1626 C. hondureño; 890 del Esboco de T. de Freitas; 342 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Por "accesorios" se entiende todo lo secundario que dependa de la cosa principal. El art. 1829 del C. chileno relativa a la venta estatuye que "la venta de una vaca, yegua u otra hembra comprende naturalmente la del hijo que lleva en el vientre o que amamanta; pero no la que puede pacer o alimentarse por sí solo". Nada más claro. Otros códigos incluyen, como accesorios de una casa, sus llaves. Respecto de tales accesorios no hace falta que el título de la deuda los mencione, salvo pacto en contrario que los excluya, o que su exclusión resulte de circunstancias evidentes, como enseña Bevilaqua (opus cit. t. IV, nota al art. 864 del C. brasileño, pág. 9).

No muy uniforme es la disciplina de las obligaciones de dar en los diversos códigos, los más de los cuales la omiten para evitar repeticiones, pues, como es fácil comprender, exponen, por su naturaleza, al legislador a contemplarlas al tratar de la locación, el mandato, depósito, mútuo, comodato, prenda, anticresis y otros institutos más, razón por la cual hoy se impone, a sugestión de Bibiloni, la reorganización total de esta materia con la supresión de varios preceptos del C. argentino y la refundición de muchas de evidente superfluidad, según se verá más adelante. Es así, cómo en un código de tan depurada metodología, como el italiano de 1942, no se incluyen en este Título sino las obligaciones pecuniarias, las alternativas, las solidarias y las divisibles e indivisibles, con que, por implicancia, queda dicho que para sus compiladores, técnicos indiscutibles de la sistemática legislativa, era ocioso generalizar sobre las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer y las facultativas, y nada digamos de las obligaciones disyuntas de tan general aplicación en la cuenta corriente bancaria, omitidas en casi todos los códigos.

No compartiendo esta vez el criterio técnico de los compiladores del C. italiano, conservamos en este Título el estatuto regulador de las mencionadas categorías de obligaciones, trasegadas en su mayor parte del Esboço de T. de Freitas, y en escasa proporción del C. francés, del Proyecto de Goyena, el C. de Chile, y las obras de Aubry y Rau. Marcadé, Maynz, Savigny etc., en las que, con escasas alteraciones, subyase, como fuente de información, lo que Bigot-Preameneu expuso acerca de las obligaciones convencionales al fundar los motivos del Título de los contratos y obligaciones, como el famoso informe de este jurisconsulto trasunta la obra anterior de Domat y Pothier, de tan enorme valor didáctico para los legisladores de 1804, que la recibieron por dogma que habría de servirles de fundamento del sistema de la compilación concebida por el genio de Bonaparte.

Art. 936. — Si la prestación consiste en la entrega de un inmueble, la obligación será válida sólo si fuere individualmente determinada.

Ver: arts. 1333, 1344 a 1348 C. argentino; 1076 del Anteproyecto de Bibiloni; 611 del Proyecto argentino de 1936; 1136 C. brasileño; 468 C. alemán; 1576 C. portugués; 1469 y 1470 C. español; 1617 y 1618 C. francés; 1537 y 1538 C. italiano; 219 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1831 a 1834 C. chileno; 1691 y 1692 C. uruguayo; 1496 y 1497 C. venezolano; 1036 y 1037 C. boliviano.

La mayoría de estos Códigos, con excepción del argentino y el brasileño, contempla a propósito de la venta la condición de validez de la transferencia de inmuebles al subordinarla al requisito de su idividualización, de suerte que por aplicación de esta norma no es válida la venta de inmuebles indeterminados o indeterminables. La determinación de un inmueble no puede dejarse al arbritrio de un tercero sin el riesgo de transformar el caracter de necessitas de las prestación obligatoria en una prestación inócua.

Art. 937. — El deudor será diligente en la conservación de la cosa que se obligó a dar hasta transferir su posesión al acreedor, so pena de responsabilidad para con éste de la indemnización de pérdidas e intereses si

no lo hiciere en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo que el juez designare, si no hubiere estipulación expresa.

Tratándose de inmuebles, el acreedor no adquirirá sobre ellos ningún derecho real antes de su tradición seguida de la toma de razón de los títulos en el Registro de la Propiedad, salvo que sean inhabitados, caso en el cual la inscripción valdrá por tradición.

Ver: arts. 576 y 577 del C. argentino; 900 y 901 del Esboço de T. de Freitas.

La tradición es la transferencia de la posesión de una cosa: **Traditio est possessionis datio** (Pothier **Traité du Droit de Domaine de Propriété, in Oeuvres**, t. IX, Nº 194, pág. 168, 2ª edición). Es por oposición a los modos originarios de adquirir las cosas que a nadie pertenecen: **modi acquirendi domini originari** del Derecho romano, un modo derivado de adquirir **modus acquirendi domini derivativus**. El dominio es, como derecho real, un derecho que se identifica con la cosa que constituye su objeto, razón por la cual los romanos lo consideraban: **jus in re propria**, por oposición a los derechos reales, como la hipoteca, constituídos sobre cosas de otro, considerados: **jura in re aliena**.

La tradición aparecida en cierto momento de la historia del Derecho romano, fue concebida para substituir las formas solemnes y públicas de la **mancipatio** y la cesión jurídica. La sutileza de los jurisconsultos redujo el uso de la tradición real a la tradición ficta e hicieron ilusoria la regla: **traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur**, porque, como reza el texto atribuido a Paulus: **Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum (aut servitutem nostram faciat), sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.** fr. 3, pr. Dig. 44.7.

Tal es el estado, dice T. de Freitas, en que se hallaban las cosas cuando el C. Civil francés admitió que la propiedad fuese transmitida por el solo efecto del consentimiento de las partes, sin necesidad de ningún acto exterior, pero no sin incurrir en grave contradicción al admitir en la venta la ogligación del vendedor de hacer la tradición de la cosa vendida al comprador.

En efecto, el art. 711 de dicho Código estatuye que: **"La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por herencia, por donacion entre vivos o testamentaria, y por efecto de obligaciones".**

El art. 1583 de dicho Código agrega que: **"Es perfecta entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene en la cosa y el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado el segundo".**

Hasta aquí la coherencia de ambos preceptos. Mas al disciplinar las obligaciones del vendedor, define el art. 1604 la tradición a la manera de Pothier, diciendo que: **"La entrega es la traslación de la cosa vendida al dominio y posesión del comprador.** Y el art. 1605 agrega: **"La obligación de entregar los inmuebles vendidos, se cumple por parte del vendedor cuando ha dado las llaves, si se trata de un edificio, o cuando ha dado los títulos de propiedad".** La contradicción es evidente, porque si el contrato es modo de adquirir el dominio, la tradición es ociosa. Y en cuanto a las cosas muebles, el nuevo principio tampoco tuvo aplicación, al estatuir el art. 2276 del C. francés que: **"En fait de meubles la possession vau titre".**

Por referencia a estas singularidades dice T. de Freitas: "La innovación del C. francés fue tan inesperada, tan peligrosa, tan opuesta a buena razón, que, por mucho tiempo, se dudó que hubiese derogado el régimen de la Ley del 11 Brumario año VII. Troplong, Martou y muchos otros jurisconsultos, no dejaron de confesar que esta mudanza tan grave fue astutamente introducida, sin la discusión especial y profunda que reclamaba.

"En vano, por tanto, como se lo ha censurado, el legislador francés proclamó su principio de la transmisión de la propiedad por el solo efecto de la convención, porque la fuerza de las cosas le obligó a violarlo en relación a los muebles y a no mantenerlo en relación a los inmuebles sino por medio de disposiciones contradictorias e incompletas que expusieron la propiedad inmobiliaria y la garantía hipotecaria, a incertidumbres y peligros tales que la segunda generación sintió la necesidad de reformar radicalmente esta parte de la legislación. (autor cit. **Consolidaçao das Leis Civis**, pág. CXCII y ss.).

No se nos escapa que la sola tradición, como módo de adquirir el dominio, en las relaciones internas de las partes, siquiera en su origen fuese concebida, como medio de publicidad de la transferencia de la posesión respecto de terceros, se presta a la consumación de actos fraudulentos respecto de estos últimos, así como la mala fe inspire la conducta del traditor. Clásico es el ejemplo del propietario de un fundo que contra el recibo del precio vende sucesivamente a dos distintas personas el inmueble y transfiere su posesión a sólo una de éstas, de suerte que, por su adquisición del dominio quede la otra sin más acción que la personal para demandar la restitución del precio y los daños e intereses. A evitar fraudes de esta naturaleza fue concebida e instituida la transcripción del título en el Registro de la Propiedad con mira a la publicación de la transferencia del derecho respecto de terceros.

Mas la transcripción en sí no supliría a la tradición sino en los casos en que la posesión fuese vacua, como lo estatuye el parág. 2º del art. 200 de la Ley Nº 235. Conferir a la toma de razón del título el valor absoluto de la tradición, de modo a borrar la tradición real, como lo auspicia Bibiloni en su Anteproyecto, expondría al adquirente de inmuebles, especialmente de fincas rústicas ocupadas, que por mala fe del vendedor fuesen enajenadas a dos sucesivas personas con percepción del precio en cada caso, a dejar burlado al primer comprador que por negligencia dejase adelantar al segundo en la presentación de su título a inscripción en el Registro, con el agravamiento de tener éste que demandar al vendedor por transferencia de la posesión, con más los daños e intereses. La toma de razón de su título sólo le proporcionaría la ventaja de evitar la inscripción del título del primer comprador.

Siendo así, juzgamos un error la supresión del art. 577 del C. argentino. De imitar ésta vez a Bibiloni, incurriríamos en sus propias contradicciones, una de las cuales es lo estatuído en el art. 1495 de su Anteproyecto, mero apógrafo del art. 1409 del C. argentino, según el cual: **"El vendedor debe entregar la cosa vendida, libre de toda otra posesión, y con todos sus accesorios en el día convenido, y si no hubiese día convenido, el día en que el comprador lo exija".** Lo que en este caso constituye objeto de la demanda es precisamente esa tradición que hoy se pretende borrar, como un anacronismo.

En cuanto a las cosas muebles, menos posible es que la tradición pueda borrarse del Código, como lo evidencian los arts. 2452 y ss., y especialmente el art. 2577 del mismo Anteproyecto de Bibiloni, por el que se consagra el principio del art. 2276 del C. francés según el cual: **"La posesión de buena fe de una cosa mueble constituye presunción de propiedad".**

La buena fe no puede darse sino en la posesión de la res nullius, adquirida por su aprehensión, y en las cosas transferidas por contrato, por la tradición, modo derivado de adquirir. Ver lo que acerca de los arts. 576-577 dejamos explicado bajo los Nos 405, 952, 1573, 229 y 963 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 938. — Cuando la publicación respecto de terceros de los actos constitutivos, translativos o extintivos de derechos reales se condicione a su inscripción en el Registro respectivo, el deudor no quedará liberado

hasta que a su propia costa haya levantado las dificultades opuestas a su toma de razón.

Ver: art. 1080 del Anteproyecto de Bibiloni; 613 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 939. — El deudor queda liberado de la obligación, cuando la prestación de una cosa cierta se ha hecho imposible por una causa posterior al nacimiento de la deuda, y que no le fuera imputable.

Para todos los casos de pérdida total o parcial, y con respecto al deterioro, se aplicarán las disposiciones de los arts. 892 y siguientes; 840 y siguientes y las relativas a los efectos de los contratos en general.

Ver: arts. 578, 579, 584, 585, 888, 890 y 895 C. argentino; 1079 del Anteproyecto de Bibiloni; 614 del Proyecto argentino de 1963; 1460 C. español; 1302 C. francés; 1256 C. italiano; 1447 C. austriaco; 717 y 718 C. portugués; 1550 C. chileno; 729 C. boliviano; 1335 inc. 2º C. uruguayo; 1271 y 1272 C. venezolano; 2017 inc. 1º C. mexicano; 702 C. costarricense; 1605 C. colombiano; 1604 C. ecuatoriano; 2588, 2592, 2164 y 2165 C nicaraguense; 1460 C. hondureño; 2355 C. guatemalteco; 903 inc. 1º, 2º, 3º; 904 inc. 1º, 2º del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, parág. 331, nota 1. Confróntese lo que bajo los Nº .53-385; 904-973; 971, 973, 60-970 explicamos en nuestro Tratado de las Obligaciones.
Siguiendo inspiración de Bibiloni, suprimimos todos los preceptos de este capítulo que se refieren a dolo, caso fortuito y daños e intereses porque todo ello está contemplado en los arts. 838 y ss., de este Código.

Art. 940. — Si la cosa que deba ser transferida a título oneroso para constituir dominio, usufructo o derecho de uso o habitación, mejorare o aumentare después de constituida la obligación, por hecho ajeno al deudor, y aunque fuera sin desembolso alguno, podrá éste exigir un suplemento proporcional de la contraprestación. En caso de disconformidad del acreedor, la obligación quedará disuelta por ambas partes.

Los aumentos o mejoras por hecho del deudor posteriores al contrato, no dan lugar a derecho alguno.

Ver: arts. 582 C. argentino; 1081; 1081 del Anteproyecto de Bibiloni; 615 del Proyecto argentino de 1936; 903 inc. 5º del Esboço de T. de Freitas; 872 y 873 C. brasileño; y lo que bajo los Nºs 430-975 dejamos explicado en nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 941. — Cuando varios acreedores tuvieren derecho a la tradición de un mismo inmueble, será transferido al primero que la hubiere obtenido e inscripto su título en el Registro de la Propiedad.

En ningún caso podrá invocarse el conocimiento del acreedor sobre la existencia de otros créditos, que fueren anteriores al suyo.

A falta de inscripción, la tradición es debida al acreedor de título más antiguo.

Ver: 1083 del Anteproyecto de Bibiloni y 616 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 942. — Entre varios acreedores con derecho a la entrega de una misma cosa mueble, será preferido, si no se hubiere hecho la tradición, aquel a quien debía ser restituída si de ella tenía título que acredite su dominio. En su defecto, será preferido el acreedor de título más antiguo.

Efectuada la tradición a un acreedor para contituir un derecho real, no tendrán acción alguna contra él los demás acreedores, aun cuando el primero tuviere noticia de sus créditos y éstos fueren de fecha más antigua. Exceptuánse los casos en que procediera la reivindicación con arreglo a las disposiciones de este Código.

Ver: arts. 1082 del Anteproyecto de Bibiloni y 617 del Proyecto argentino de 1936, por los que se modifica los arts 592, 593, 597 y 598 del C. argentino.
Fundando esta reforma observa Bibiloni que T. de Freitas, de cuyo Esboço, arts. 906, inc. 1º y 547) se han tomado los artículos criticados del C. argentino, adoptó conclusiones contrarias a las del derecho romano, que no admitía efecto alguno translativo de la propiedad derivado de la obligación, y lo acordaba pleno a la tradición; y, al contrario, aceptó las del C. francés que partía del extremo diametralmente opuesto.
"De la obligación —agrega nuestro autor— no resulta y no debe resultar, —si ha de establecerse un buen sistema de derechos reales—, otra cosa que un facere, una prestación, esto es un acto futuro del deudor. Puede ejecutarlo y puede no hacerlo. Debe efectuarse, y entonces se realizarán los derechos en los términos constitutivos y bajo las exigencias legales. Hasta entonces la ley no debe darlos por efectuados.
"Y esto, tanto respecto de terceros, como de otros acreedores. Porque si hay varios que lo son de una cosa, el más diligente debe ser preferido, como lo es de sumas de dinero, pues se limita a cobrar lo que se le debe. No es censurable, que trate de obtener la preferencia, ejerciendo su derecho, porque nadie está obligado a perjudicarse en beneficio de otro, que se halla en el mismo caso. Agréguese que puede creer en un arreglo entre su deudor y el tercer acreedor, ignorar la causa y condiciones del crédito

de éste, aunque se le informe de su existencia, y hasta pensar en una colusión para burlarle. Todo esto muestra la exactitud de la solución romana, y el error de la nuestra.
"Con ésta sólo se abre la puerta a litigios; bajo pretexto de conocimiento de créditos anteriores, de hechos vagos, o mentirosos, establecidos por la prueba testimonial, se atacarían los hechos más regulares, ejecutados bajo el amparo de la fórmula protectora de la tradición hecha por el propietario efectivo, que ha debido hacer creer al adquirente que eran falsos los rumores o comunicaciones interesadas sobre la existencia de otros acreedores.
"Y el dolo triunfaría, generalmente. Porque con saber que los hay anteriores, se obtendría la abstención de quien en realidad lo era, que dejaría de reclamar lo que le proporcionaría un litigio con personas confabuladas con los deudores de mala fe.
"Lo que es obstáculo a la firme adquisición de las cosas, es el conocimiento de no ser el tradente dueño de ellas. El de otros créditos, no puede ser confundido con él. El que cobra lo que se le debe, usa de su legítimo derecho.
"En cuanto a la solución de la segunda parte del art. 594, constituye el más claro error dentro de la teoría de la tradición romana. Abre las puertas a acciones de nulidad reipersecutorias, y es incompatible con un buen sistema hipotecario. Es irreductible su oposición con el sistema de publicidad que descansa en la fe concedida a los instrumentos. La prueba testimonial que es inevitable en el caso del art. 594, tanto para el impugnante como para el defensor, no puede, ni debe, ser admitida en contra, si fuera de aquéllos".
Como esta apostilla no tiene desperdicio, nos ahorra el trabajo de agregarle otras consideraciones.

Art. 943. — Si la obligación fuere de dar cosas ciertas para transferir solamente el uso de ellas, los derechos se reglarán por lo que se dispone en el título de la locación. Si la obligación fuere para transferir solamente la tenencia de la cosa, los derechos se regirán por lo que se dispone en el título del depósito.

Ver: arts. 600 C. argentino; 1084 del Anteproyecto de Bibiloni; 618 del Proyecto argentino de 1936; 999 del Esboço de T. de Freitas; y lo que acerca del art. 600 del C. argentino dejamos expuesto en los Nos. 784 y 987 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO II

De las obligaciones de dar cosas inciertas.

Art. 944. — El obligado a dar cosas inciertas, debe entregarlas de la especie y calidad determinada en el título constitutivo.
Cuando sólo estuviere fijada la especie, el deudor deberá cosas de calidad media. Si la elección correspondiere al acreedor, se ceñirá a la misma regla.

Ver: arts. 601 y 602 C. argentino; 1085 del Anteproyecto de Bibiloni; 619 del Proyecto argentino de 1936; 912 inc. 2º y 913 del Esboço de T. de Freitas; 874 y 875 C. brasileño; 1129 y 1246 C. francés; 1428 C. holandés; 2152 C. de Luisiana; 1178 C. italiano; 243 C. alemán; 1167 C. español; 716 C. portugués; 1294 C. venezolano; 71 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 770 C. costarricense; y el art. 802 del presente Código. Ver igualmente lo que acerca de los arts. 601 y 602 del C. argentino dejamos expuesto bajo los Nos. 990, 991 y 996 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Atinadas, como son, las observaciones críticas de Bibolini a la separación en dos Capítulos distintos de la disciplina de las obligaciones de dar cosas inciertas y las de dar cantidades de cosas en el C. argentino, arts. 601 a 605 y 606 a 615, en cuanto desde el punto de vista jurídico no hay distinción que hacer entre ellas, nos ceñimos en la presente Sección a la reforma por él auspiciada en su Anteproyecto.
La indeterminación, dice Bibiloni, recae sobre la identidad de las cosas, y tanto de que sean fungibles, como que no lo sean. Cesa de la misma manera. El peso, o medida, corresponden a la ejecución, es el modo de efectuar la separación, que también hay que realizar en las cosas no fungibles. Y agrega: "Las obligaciones de dar cosas inciertas constituyen el tipo más extendido del comercio en todas sus formas, y asumen los dos tipos de que habla nuestro artículo. Cuando hay clase convenida, hay que entregarla. Cuando no la hay, ha de determinarse dentro de la especie designada. Suele decirse que en todas las hipótesis es esencial la indicación de la especie y la cantidad. Nuestro artículo no menciona esta exigencia, sin que signifique que es indiferente (ver autor y opus cits. t. II, pág. 43).

Art. 945. — Antes de la individualización de la cosa no podrá el deudor eximirse del cumplimiento de la obligación por pérdida o deterioro de la cosa, por fuerza mayor o caso fortuito en tanto la prestación sea posible.

Ver: arts. 1086 del Anteproyecto de Bibiloni; 620 del Proyecto argentino de 1936; 279 C. alemán; 604 C. argentino; 915 del Esboço de T. de Freitas; 877 del C. brasileño; y lo que acerca del art. 894 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 998 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Nuestro art. 942 consagra la regla "genus nunquam perit", ya contemplado en el art. 892 del presente Código.
Con el art. 279 del C. alemán, trasegado a nuestro art. 942, es conforme la excepción admitida por los usos del comercio germano y la intención presunta de las partes, a lo preceptuado por el art. 275 del mismo Código o sea que, tratándose de deudas de dinero, no queda el deudor liberado porque la prestación se haga imposible por consecuencia de una circunstancia sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria y de que él no es responsable.

Art. 946. — En caso de mora del deudor, tendrá el acreedor derecho

para exigir la entrega de las cosas dentro de la especie determinada, o pedir que se resuelva la obligación, con resarcimiento de los daños y perjuicios.

Ver: 605 C. argentino; arts. 1087 del Anteproyecto de Bibiloni y 620 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936. El art. 280 del C. alemán, en que el presente artículo se inspira, se subordina en su aplicación a la culpa del deudor por haberle sobrevenido una circunstancia que ha hecho imposible la prestación.

Art. 947. — Después de individualizadas las cosas comprendidas en la especie de que se trate, la obligación será regida por las disposiciones de la Sección anterior.

La individualización podrá resultar de todos los hechos u omisiones que importen determinar el objeto, siempre que emanaren del deudor, o bien del acreedor en el caso de corresponder a éste la elección.

Ver: arts. 603 C. argentino; 1088 del Anteproyecto de Bibiloni; 621 del Proyecto argentino de 1936; 876 C. brasileño; 243 parág. 3º C. alemán; 912 Inc. 3º del Esboço de T. de Freitas. Ver lo que acerca del art. 603 del C. argentino explicamos bajo el Nº 997 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO III

De las obligaciones de dar sumas de dinero

Art. 948. — Las deudas pecuniarias contraídas en la República para ser cumplidas en élla, se extinguen por el pago hecho con el signo monetario que tenga curso legal y fuerza cancelatoria en los pagos a la fecha de su vencimiento y por su valor nominal.

Si al tiempo del vencimiento de la obligación el signo monetario expresado en el título para la fijación de su monto fuere, por ley especial, retirado de la circulación, la deuda se extinguirá por el pago hecho con el signo monetario del canje que, en virtud de la misma ley, sea equivalente a aquél.

Ver: art. 1277 C. italiano; 1895 C. francés; 1170 parág. 1º C. español; 2891 C. de Luisiana; 724 y 725 C. portugués; 947 parágrafo 1º C. brasileño; 84 parág. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones; 2199 C. uruguayo; 1744 C. venezolano; 1256 C. boliviano; 2224 C. colombiano; 2222 C. ecuatoriano; 3406 C. nicaraguense; 1435 C. hondureño; 1919 C. guatemalteco; 2389 C. mexicano.

Todos estos códigos consagran el principio según el cual la deuda de dinero se cumple con arreglo al valor nominal del signo monetario de curso legal el día del vencimiento de la obligación.

Como el Paraguay no ha sellado moneda, salvo la de níquel, cada día más desvalorizada, preferimos decir: "signo monetario" en vez de "moneda", voz connotativa del disco de metal acuñado con el sello de la República. El signo monetario actual está representado por el "Guaraní", billete emitido por el Banco Central del Paraguay, cuyo valor intrínseco no expresado en cada billete, sólo puede ser inferido en relación al oro troy del mercado de Londres sobre la base de la cotización del dollar en el mercado libre. Mas en los pagos de las obligaciones contraídas en la República para ser cumplidas en ella, no se tiene en cuenta ni se computa el valor intrínseco del "Guaraní" sino su valor nominal.

Nuestro art. 948 es de orden público. No puede renunciarse a sus beneficios, ni ser modificado por voluntad de los particulares. Esto es lo propio del nominalismo, cuya función específica consiste en cosiderar como objeto de la obligación o deuda de dinero, no la materia de éste, sino el valor que la ley le atribuye, sin referencia a su valor intrínseco. Viene de aquí que tales obligaciones reciban el nombre de deudas de valuta, en cuanto el valor nominal o legal del billete del Banco emisor sirve de unidad de medida en la estimación contractual del valor de todos los bienes que están en el comercio y de los derechos patrimoniales nacidos de las relaciones necesarias de todas las personas que habitan en la República.

Siendo así, las alteraciones de valor del "Guaraní" con relación al dollar producidas entre el momento en que se constituye la deuda de dinero y la fecha de su vencimiento, aun cuando puedan ocasionar perjuicio a cualquiera de ambas partes del contrato, no confieren derecho alguno a demandar su reparación, salvo lo dispuesto por el Decreto Ley Nº 276 por el que, con el propósito de estimular la incorporación de capitales, se faculta a los Bancos de Fomento a otorgar préstamos en moneda nacional con la cláusula de la revaluación que le permita garantizar los riesgos de fluctuaciones cambiarias; hasta el monto del préstamo externo, en moneda extranjera que dichos Bancos hayan recibido con dicho objeto.

Al poner esta ley el riesgo de la desvalorización del "guaraní" a cargo del deudor, fenómeno objetivo, consagra el error de cargar al deudor sin culpa de su parte, con las consecuencias de la desarticulación del sistema monetario nacional, contra el principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa.

La segunda parte de nuestro artículo contempla la hipótesis de que una vez más proceda el Estado a retirar de la circulación el "Guaraní" actual y a substituirlo por otro signo monetario, tal como se ha hecho en 1943 con la desvalorización del "peso fuerte de curso legal" y en Francia se ha creado el franco pesado en substitución del franco liviano, la deuda de dinero cifrada con arreglo al valor nominal del billete expulsado se pagará de acuerdo al monto equivalente del nuevo signo monetario, el día del vencimiento de la obligación.

Art. 949. — No es lícito a las partes estipular, en las convenciones celebradas en el Paraguay para ser ejecutadas en él, que la moneda del contrato fijada conforme a lo preceptuado en el artículo anterior, pueda cumplirse

al vencimiento de la deuda de dinero por una moneda de pago que no sea de curso legal en la República, a opción del acreedor.

Ver: en contra el inc. 1º del art. 947 del C.brasileño por el que se permite que la moneda de pago pueda ser extranjera, siquiera la moneda del contrato sea la moneda nacional. No compartimos esta doctrina que conduce a depreciar el signo monetario nacional, símbolo económico de la soberanía.
La moneda del contrato es la que fija el quantum de la obligación. La moneda de pago es qualitativa y es la estipulada para que el deudor pueda liberarse.

Art. 950. — Toda obligación contraída en el Paraguay cuyo monto se cifre en monedas o divisas extranjeras, o en oro sellado, será igualmente nula y no producirá efecto jurídico alguno.

Ver: art. 3 parág. 2º del Decreto-Ley Nº 655 del 5 de octubre de 1943.

Art. 951. — Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el artículo anterior:
a) Las obligaciones que, aun siendo contraídas en el Paraguay, se constituyen para hacer pagos al exterior, y las que siendo contraídas en el extranjero, se constituyen para hacer pagos a acreedores domiciliados o residentes en el Paraguay.
b) Las remuneraciones a extranjeros domiciliados en el exterior, por servicios temporalmente prestados en el país.
c) Las remuneraciones que en concepto de sueldo y gastos de representación y otro concepto autorizado por ley especial se adeude a los funcionarios del cuerpo diplomático y consular de la República acreditados ante gobiernos extranjeros.
d) Las obligaciones a favor de las personas jurídicas del Derecho público que, en virtud de leyes especiales, deben ser pagadas en monedas o divisas extranjeras.

Ver: art. 3º parágrafo 3º del Decreto-Ley Nº 655.

Art. 952. — Las obligaciones contraídas en el extranjero cuyo monto se halle cifrado en monedas o divisas extranjeras para hacer pagos a acreedores domiciliados o residentes en la República, sólo serán exigibles en moneda de curso legal al cambio que corra a su vencimiento en el mercado libre de cambios.

Art. 953. — Salvo lo dispuesto respecto a la prestación de intereses en el mútuo, el obligado por otro concepto a dar sumas de dinero, debe, desde su mora, los intereses estipulados, que, en ningún caso, y bajo pena de nulidad parcial de la cláusula respectiva, podrán ser superiores a la tasa que cobran los Bancos públicos autorizados, por sus préstamos ordinarios.
No mediando estipulación expresa de intereses, el deudor moroso deberá los intereses compensatorios del contrato, y en su defecto, los corrientes en la República según la tasa que cobran los Bancos públicos al tiempo de su cumplimiento.
Los intereses se deben por el hecho de la mora, aunque no se justifique perjuicio. El acreedor no puede exigir mayor indemnización en virtud de haber sufrido un perjuicio superior por la inejecución de la obligación.

Ver: arts. 1092 y 1093 del Anteproyecto de Bibiloni y 598 del Proyecto argentino de 1936 y lo que a propósito de estos preceptos dice Bibiloni en el t. II, pág. 47 a 50 de su Anteproyecto, y lo que nosotros dejamos explicado bajo en Nº 1055 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. II, pág. 296 a 299).

Art. 954. — No se deben intereses de los intereses sino por convención posterior a su vencimiento que autorice su acumulación al capital, o cuando liquidada judicialmente la deuda con sus intereses fuere moroso el deudor a bonarla.
Nula es cualquier convención en contrario.

Ver: arts. 623 C. argentino; 1094 del Anteproyecto de Bibiloni y 626 del Poryecto argentino de 1936, y lo que acerca de este particular explicamos bajo los Nos. 1959 a 1063 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. II, págs. 304 a 307).

Art. 955. — El recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna sobre los intereses, extingue la obligación del deudor respecto de ellos.

Ver: arts. 624 C. argentino; 1908 C. francés; 1806 C. holandés; 1095 del Anteproyecto de Bibiloni y 625 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VI

De las Obligaciones de hacer y de no hacer

Art. 956. — El obligado a hacer, o a prestar algún servicio, debe ejecutar el hecho en un tiempo propio, y del modo que fué la intención de las partes que el hecho se ejecutara. Si de otra manera lo hiciere, se tendrá por no hecho, o podrá destruirse lo que fuere mal hecho.

El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiere sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales.

Ver: arts. 625, 626 y 741 C. argentino; 949 del Esboco de T. de Freitas; 1008 parág. 2º y 1100 de Goyena; 1143 C. francés; 1276 C. holandés; 1922 C. de Luisiana; 1166 parág. 2º C. español; 1338 C. uruguayo; 242 C. alemán; 2027 C. mexicano; 1182 C. peruano; 1096 y 1097 del Anteproyecto de Bibiloni; 627 y 628 del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca de los arts. 625, 626 y 741 del C. argentino dejamos explicado bajo los Nºs. 952, 1114, 115, y 116 por una parte y 1538 y 1539 por la otra. Ver igualmente lo estatuído en el art. 798 del presente Código.

Art. 957. — Si el hecho resultare imposible sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida para ambas partes, y el deudor debe restituír al acreedor lo que por razón de ella hubiere recibido.

Ver: arts. 627 C. argentino; 951 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 630 del Proyecto argentino de 1936; 879 C.brasileño; 275 C. alemán; y Nº 1119 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 958. — Si el deudor no quisiere o no pudiere ejecutar el hecho, el acreedor puede exigirle la ejecución forzada, a no ser que fuere necesario violencia contra la persona del deudor. En este último caso, el acreedor podrá pedir perjuicios e intereses.

Ver: arts. 629 C. argentino; 951 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; Marcadé, t. IV, Nºs. 511 a 513; 1099 del Anteproyecto de Bibiloni; 629 del Proyecto argentino de 1936; 879 segunda parte del C. brasileño; 280 C. alemán; 735 C. boliviano; 1338 parág. 1º C. uruguayo; y los Nºs 1120 y 1117 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 959. — Si el hecho pudiere ser ejecutado por otro, el acreedor podrá ser autorizado a ejecutarlo por cuenta del deudor, por sí o por un tercero, o demandar los perjuicios e intereses por la inejecución de la obligación.

Ver: arts. 630 C. argentino; 951 inc. 4º del Esboco de T. de Freitas; 1099 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; e in fine del art. 629 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 960. — Si la obligación fuere de no hacer, y la omisión del hecho resultare imposible sin culpa del deudor, o si éste hubiere sido obligado a ejecutarlo, la obligación se extingue para ambas partes.

Ver: arts. 632 C. argentino; 954 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1100 del Anteproyecto de Bibiloni; 633 del Proyecto argentino de 1936; 882 del C. brasileño; y Nº 1124 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 961. — Si el hecho fuere ejecutado por culpa del deudor, el acreedor tendrá derecho a exigir que se destruya lo que se hubiere hecho, o que se le autorice para destruírlo a costa del deudor.

Ver: arts. 633 C. argentino; 954 inc. 2º; 1143 C. francés; 1276 C. holandés; 1922 del C. de Luisiana; 736 C. boliviano; 1338 segunda parte C. uruguayo; 2028 C. mexicano; 883 C. brasileño; 713 C. portugués; 1099 C. español; 1555 C. chileno; 1611 C. ecuatoriano; 1856 C. nicaraguense; 1359 C. hondureño; 700 C. costarricense; 954 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas y Nº 122 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 962. — Si no fuere posible destruir lo que se hubiere hecho, el acreedor tendrá derecho a pedir los perjuicios e intereses que le trajere la ejecución del hecho.

Ver: art. 634 C. argentino; 954 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; in fine del art. 1101 del Anteproyecto de Bibiloni in fine del 631 del Proyecto argentino de 1936. Ver el Nº 1122 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 963. — Si la obligación consistiere en tolerar actos determinados del acreedor o el uso de cosas del deudor, podrá exigirse la ejecución forzada, aun cuando fuere necesaria la violencia contra la persona obligada.

Se procederá de igual manera cuando la prestación tuviere por objeto no comerciar en cierta zona o durante cierto tiempo en cuanto a determinadas cosas, u otras abstenciones análogas.

Ver: arts. 1102 del Anteproyecto de Bibiloni; 632 del Proyecto argentino. En su apostilla a este precepto demuestra Bibiloni que las obligaciones de no hacer son suceptibles de ejecución forzada contra la persona del deudor. Se admite, por ejemplo, —agrega— que pueda cerrarse el comercio de quien se obligó a no establecerlo en determinado radio; que no pueden venderse artículo de marca propia o ejena etc. Estos ejemplos son traídos de la obra de Planiol, t. II, Nº 173, pág. 62, 9ª edición. (Bibiloni, apus cit. t. II, pág. 52)

CAPITULO V

De las obligaciones alternativas

Art. 964. — El deudor de una obligación alternativa se libera cumpliendo una de las dos prestaciones disyuntivamente comprendidas en la obligación, pero no puede constreñir al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra.

Ver: arts. 1285 C. italiano; 635 y 636 C. argentino; 1103 del Anteproyecto de Bibiloni; 636 del Proyecto argentino de 1936; 1189 a 1191 C. francés; 1315 y 1317 C. holandés; 2062 y 2064 C. de Luisiana; 733, 738, 1691 y 1829 C .portugués; 1131 y 1132 C. español; 906 C. austriaco; 262 y 266 C. alemán; 72 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1499 y 1500 C. chileno; 1349 y 1350 C. uruguayo; 780 y 781 C. boliviano; 1216 C. venezolano; 1962 C. mexicano; 1556 y 1557 C. colombiano; 1904 y 1905 C. nicaraguense; 1393 C. hondureño; 655 C. costarricense; 1460 C. guatemalteco; 1051 parág. 2º de Goyena; 956 del Esboço de T. de Freitas; 22 C. de la R. de Polonia; 121 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; y lo que acerca de los arts. 635 y 636 del C. argentino explicamos bajo los Nºs. 1064 a 1068 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Los compiladores de la proyectada reforma argentina del Código de Vélez Sarsfield, Bibiloni y la Comisión, a favor de su concienzuda labor de largos años, auspician reformas, más de forma que de fondo, en esta parte de nuestra ley civil, a las que prestamos acuciosa atención, al punto de reproducirlas literalmente cuando su traslego conviene a la unidad de este Código. Mas esta vez, y sin restar méritos a esos esbozos, optamos por la fórmula del art. 1285 del C. italiano que en substancia dice lo mismo que el art. 1103 de Bibiloni y el 634 del Proyecto de 1936.

Tan vieja como es la fórmula escolástica tradicional de la obligación alternativa, según la cual se dan en ella duae res in obligatione, una tantum in solutione, o sea dos prestaciones determinables que por la elección de una de ellas por el deudor deviene determinada, sabe a ociosidad distinguirla de la obligación con facultad alternativa, en la que sólo hay una res in obligatione, duae in solutione; y de la cláusula penal que, como cláusula accesoria, sigue la suerte de la principal, lo que no ocurre en la alternativa, porque si una de las prestaciones comprendidas en la obligación no puede ser objeto de ella, se debe la otra.

Art. 965. — La elección corresponde al deudor, si no se la ha atribuído al acreedor o a un tercero.

La elección se hace irrevocable con la ejecución de una de las dos prestaciones, o bien con la declaración de elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la elección se hace por un tercero.

Si la elección debe hacerse por varias personas, el Juez puede fijarles un término. Si la elección no se hace dentro del término así establecido, la misma se hace por el juez.

Ver: arts. 1286 C. italiano; 637 C. argentino; 1190 C. francés; 1316 C. holandés; 2063 C. de Luisiana; 884 parág. 1º C. brasileño; y demás códigos citados en la nota anterior; 1104 y 1105 del Anteproyecto de Bibiloni; 635 y 636 del Proyecto argentino de 1936, inspirado este último en el art. 264 del C. alemán, en cuanto apartándose de la doctrina francesa del transpaso del derecho de opción al acreedor cuando por culpa del deudor una de las prestaciones se hiciese imposible, según así lo estatuye el art. 641 del C. argentino, la transpasa al juez, tal como lo preceptúa el in fine de nuestro artículo, a imitación del 1286 del C. italiano. Tal es la decisión adoptada en los tres primeros parágrafos del art. 122 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, por el que se modifica y amplía el art. 1190 del C. francés y el 1178 del C. italiano abrogado.

Por la elección se produce la concentración y la alternativa se convierte en obligación simple.
Poniendo fin a la controversia doctrinal acerca de saber el momento en que la elección debe considerarse definitiva, estatuye nuestro artículo que ella tiene lugar con carácter irrevocable por la comunicación de ella a la otra parte, o a ambas, si la elección es hecha por un tercero. Es ésta la doctrina del art. 263 del C. alemán y 1133 del C. español, acogida por Bibiloni en el art. 1104 de su Anteproyecto y por la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 635 de su Proyecto.
Han de agregarse aquí las reglas que, según la doctrina prevaleciente, gobiernan el derecho de elección, y entre las cuales menciona Colagrosso las siguientes: a) el derecho de elección se tramita ordinariamente a los herederos del originario titular; b) que en el caso de error excusable, incidente sobre la alternatividad, es admisible la condictio indebiti; c) que la facultad de elección puede transmitirse a otro, aun cuando no concurra la voluntad del otro sujeto de la relación obligatoria; d) que en la venta alternativa la transferencia del dominio puede verificarse en el momento en que el vendedor, o el comprador, han procedido a la elección, según que ésta se haya reservado al uno o al otro, o bien en el momento en que de las dos cosas o más contratadas, una sola haya quedado, por haberse perdido o destruído la otra y no pueda ser suceptible de ser consignada (ver autor y opus cits. Parte Generale, pág. 184; Giaquinto Adolfo, In Codice Civile de Amelio y Finzi, Libro delle Obbligazioni, t. I, pág. 238 y ss.).
Confróntese lo que acerca del art. 637 del C. argentino exponemos bajo los Nºs. 467, 1076, 1078 y 1091 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 966. — Cuando el deudor, condenado alternativamente a dos prestaciones, no ejecuta ninguna de ellas dentro del término que se le ha fijado por el Juez, la elección corresponde al acreedor.

Si la facultad de elección corresponde al acreedor y éste no la ejerce dentro del término establecido o del que se ha fijado por el deudor, la elección pasa a este último.

Si la elección se deja a un tercero y éste no la hace dentro del término que se le ha fijado, la misma se hace por el Juez.

Ver: art. 1287 C. italiano; omitido en el C. italiano abrogado, en el C. argentino, en el francés y demás códigos vaciados en sus moldes, salvo el inc. 4º del art. 122 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Se trata de la caducidad de la facultad de elegir sobre que legisla el art .264 del C. alemán, y a su inspiración el 1287 del C. italiano de 1942 y los arts. 1105 del Anteproyecto de Bibiloni y 636 del Proyecto argentino de 1936.
En las tres hipótesis de caducidad de la facultad de elegir, su transferencia, en la primera, al acreedor; en la segunda al deudor; y, en la tercera, al Juez, tiene lugar ipso iure, tal como también lo preceptúa el art. 264 del C. alemán.

Art. 967. — La obligación alternativa se considera simple, si una de las dos prestaciones no podía constituír objeto de obligación o si ha llegado a ser imposible por causa no imputable a alguna de las partes. En tales casos la otra prestación es debida al acreedor.

Cuando la elección corresponde al deudor, la obligación alternativa se convierte en simple, si una de las dos prestaciones se hace imposible también por causa imputable a él. Si una de las dos prestaciones llega a ser imposible por culpa del acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, si no prefiere ejecutar la otra prestación y pedir el resarcimiento de los daños.

Cuando la elección corresponde al acreedor, el deudor queda liberado de la obligación, si una de las dos prestaciones se hace imposible por culpa del acreedor, salvo que éste prefiera exigir la otra prestación y resarcir el daño.

Si de la imposibilidad debe responder el deudor, el acreedor puede elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño.

Cuando ambas prestaciones se hayan hecho imposibles y la una ha dejado de serlo por culpa del deudor, debe éste pagar el equivalente de la que se ha hecho imposible en último lugar, si la elección le correspondía a él.

Si la elección le correspondía al acreedor, podrá éste pedir el equivalente de la una o la otra prestación.

Ver: arts. 1288 C. italiano; 1192 C. francés; 1310 C. holandés; 2065 C. de Luisiana; 885 C. brasileño; 1134 C. español; 265 C. alemán; 638 C. argentino; 1503 C. chileno; 1352 C. uruguayo; 783 C. boliviano; 1218 parágrafos 1º y 2º C. venezolano; 1965 y 1970 C. mexicano; 1560 C. colombiano; 1559 C. ecuatoriano; 1908 C. nicaraguense; 1397 C. hondureño; 734 segunda parte C. portugués; 123 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 26 parág. 1º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 958 incisos 7º y 8º del Esboço de T. de Freitas; 1197 inc. 1º del C. peruano; y lo que bajo el Nº 1069 de nuestro Tratado de las Obligaciones explicamos acerca del art. 638 del C. argentino.
El primer parágrafo de nuestro artículo en examen comprende dos hipótesis: 1º la clásica de la alternativa en la que, al tiempo de su constitución, era simple por la imposibilidad de que una de las prestaciones no pudiese ser objeto de obligación; y 2º la de la imposibilidad sobreviniente sin culpa del deudor, novedad legislativa del C. italiano de 1942.
Así, los arts. 1107 del Anteproyecto de Bibiloni y 638 del Proyecto argentino de 1936, como reproducción literal del 638 del C. argentino, sólo contemplan la imposibilidad ex naturae rei, como reza el 1192 del

C. francés y a su inspiración los pertinentes preceptos de los demás códigos vaciados en sus moldes. Mas como bien se ha dicho, en este caso no es dable hablar de concentración, desde que naciendo simple la obligación por la ineficacia natural de una de las prestaciones comprendidas en la alternativa, sólo queda la otra para ser cumplida.

Sobre el parágrafo 2º ver: arts. 1289 C. Italiano; 1193 y 1194 C. francés; 1311 C. holandés; 2066 C. de Luisiana; 886 y 887 C. brasileño; 1135 y 1136 C. español; 639 primera parte y 641 C. argentino; 1504 segunda parte y 641 C. argentino; 1504 segunda parte C. chileno; 1353 segunda parte y 1314 C. uruguayo; 1217 parág. 3º y 1219 C. venezolano; 784 y 785 C. boliviano; 1966 y 1969 C. mexicano; 658 C. costarricense; 1910 y 1912 C. nicaragüense; 1559 C. colombiano; 1558 C. ecuatoriano; 1399 C. hondureño; 1197 C. peruano; 124 y 125 del Proyecto ítalo-francés del C de las Obligaciones y los Contratos; 26 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 958 inc. 10 del Esboço de T. de Freitas; 1055 de Goyena; 1108 parág. 1º y 1110 del Anteproyecto de Bibiloni; 638 segunda parte y 639 del Proyecto argentineo de 1936 y lo que bajo los ns. 766, 1096, 1097 1100 y 1102 de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos explicado acerca de los arts. 639 y 641 del C. argentino.

El parágrafo segundo de nuestro artículo contempla la transformación de la obligación alternativa en simple por la imposibilidad del ejercicio de elección por incumplimiento culposo del deudor.

El parágrafo tercero dispone el caso de que una de las dos prestaciones llegue a ser imposible por culpa del acreedor, hipótesis en la cual queda liberado el deudor, salvo que el acreedor prefiera exigir la restante prestación, con indemnización del daño. En esto va la diferencia de este precepto con lo estatuido en el parágrafo 1º) del art. 641 del C. argentino solo referido al caso de que correspondiendo la elección al acreedor, una de las prestaciones se haga imposible por culpa del deudor.

Nuestro artículo regula la hipótesis de que correspondiendo la elección al acreedor, una de las dos prestaciones se haga imposible por su culpa, caso en el cual el deudor queda liberado, salvo que el acreedor prefiera recibir o exigir la otra prestación y resarcir el daño.

Finalmente preceptúa nuestro artículo que correspondiendo la elección al acreedor, una de las prestaciones se haga imposible por culpa del deudor, hipótesis en la cual podrá aquél optar entre elegir la otra prestación o exigir el resarcimiento del daño. El art. 641 del C. argentino sólo le confiere al acreedor en este caso, el derecho a reclamar la cosa que ha quedado, o el valor de la que se ha perdido.

Los arts. 1108 y 1110 del Anteproyecto de Bibiloni y 638 2ª. parte y 639 del Proyecto argentino de 1935, no pasan de ser mera reproducción de los arts. 639 y 641 del C. argentino.

Ver: arts 1290 C. italiano; 1193 segunda parte C. francés; 1311 C. holandes; 2066 C. de Luisiana; 63· parág. 2º C. argentino; 886 y 887 C. brasileño; 1135 y 1136 C. español; 265 segunda parte C. alemán; 1353 inc. 3º C. uruguayo; 784 última parte y 785 C. boliviano; 1218 in fine y 1219 C. venezolano; 1971 C. mexicano· 1504 C. chileno; 1561 C. colombiano; 1560 C ecuatoriano; 1191 . 1192 inc. 2º C. nicaraguense; 1398 y 1399 inc. 2º C hondureño; 1196 y 1197 inc. 2º C. peruano; 958 inc. 2º y 3º el Esboço de T. de Freistas; 24 inc 2· del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1108 segunda parte del Anteproyecto de Bibiloni y 638 segunda parte del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca dl art. 639 del C. argentino explicamos bajo los ns. 766, 1096 y 1097 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 968. — Las reglas precedentes serán igualmente aplicadas cuando las prestaciones comprendidas en la alternativa fueren más de dos.

Ver: Arts. 1291 C. italiano; 1196 C. francés; 2069 C. de Luisiana; 787 C. boliviano; 1499 C. chileno; 1349 C. uruguayo; 1216 C. venezolano; 1136 in fine C. español; 738 C. portugués; 1912 in fine C nicaraguense; 1556 C. colombiano; 1555 C. ecuatoriano; 1399 in fine C. hondureño; y 127 Proy. ítalo-francés del C. de las Obligaciones.

Las prestaciones comprendidas en la alternativa no son necesariamente dos, separadas e independientes. Pueden ser varias y consistir en cosas o hechos o servicios, negativos o positivos, o en un hacer. Tal es lo que se infiere de la definición de la alternativa de los arts. 1499 del C. chileno; 1349 de C. uruguayo; 1556 del C. colombiano; 1555 del C. ecuatoriano etc., y el art. 1103 del anteproyecto de Bibiloni, 635 del C. argentino, 634 del Proyecto argentino de 1936. Lo que importa es que las varias prestaciones sean determinadas, siendo solo una la que está en la deuda, por elección del deudor o del acreedor.

Art. 969. — Cuando la obligación alternativa consista en prestaciones anuales la opción hecha para un año no obliga para los otros.

Ver: arts. 640 C. argentino; 884 inc. 2º C. brasileño; 1356 C. uruguayo; 1193 C. peruano; 1109 del Anteproyecto de Bibiloni; y lo que acerca del art. 640 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 1103 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 970. — Si todas las prestaciones comprendidas en la alternativa se han hecho imposibles sin culpa del deudor antes de su constitución en mora la obligación queda extinguida.

Ver: arts. 642 C. argentino; 1195 C. francés; 2068 C. de Luisiana; 736 inc. 2º C. portugués; 786 C. boliviano; 1354 inc. 4º C. uruguayo; 1504 parág. 1º C. chileno; 1220 C. venezolano; 1972 inc. 2º C. mexicano; 1561 parág. 1º C. colombiano; 1560 parág. 1º C. ecuatoriano; 958 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1111 del Anteproyecto de Bibiloni; 640 del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca del art. 642 del C. argentino explicamos bajo el Nº 1095 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 971. — Cuando en cualquier clase de obligaciones, el lugar, tiempo, cantidades, proporciones u otras modalidades de la prestación hayan sido alternativamente establecidas, o dependientes de opción, se aplicarán las reglas precedentes sobre el derecho de efectuarla y sus efectos.

Ver: arts. 1113 del Anteproyecto de Bibiloni y 641 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente legislativo este artículo, ha sido traído por Bibiloni de la doctrina germana explicada por Dernburg, según así reza su apostilla al art. 1113 de su Anteproyecto (t. II, pág. 57). El precepto contempla no sólo las obligaciones típicamente alternativas disciplinadas por los preceptos de la presente Sección, sino también muchas estipulaciones que desde el punto de vista económico ofrecen tangencias con las alternativas. Tales

serían las ventas de género con especificación, que tiene lugar cuando el deudor o el acreedor tienen el derecho de individualización y la opción sobre el lugar de cumplimiento, por ejemplo, la designación de desembarque, la de moneda de pago.
Ocioso es agregar que nuestro artículo sólo se aplica en lo atinente a la opción. Los demás efectos —dice Bibiloni— se rigen por sus reglas propias. Si la obligación es genérica, como en el ejemplo citado por Dernburg, se gobierna en cuanto a riesgos, caso fortuito, etc., por las disposiciones pertinentes.

CAPITULO VI

De las obligaciones facultativas

Art. 972. — La obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de substituir esa prestación por otra.

La naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella.

Ver: arts. 643 y 644 del C. argentino; 963 y 964 del Esboço de T. de Freitas; 1505 C. chileno 1357 C. uruguayo; 1562 C. colombiano; 1561 C. ecuatoriano; 1913 C. nicaraguense; 1198 C. peruano, y lo que acerca de los arts. 643 y 644 del C. argentino explicamos bajo los Nºs 468, 1107 y 1108 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Confróntense arts. 1114 del Anteproyecto de Bibiloni y su omisión en el Proyecto argentino de 1936.
Las obligaciones facultativas o con facultad alternativa, como también se las llama, constituyen un fenómeno opuesto a las obligaciones alternativas, pues, son obligaciones simples, de una sola prestación, pero con la peculiaridad de atribuir al deudor el derecho de liberarse prestando uno u otro objeto; **una res est in obligatione, plures in facultate solutionis**, al peso que en la alternativa: **plures sunt in obligatione una autem in solutione.**

Art. 973. — El acreedor de una obligación facultativa puede, en la demanda de pago, no comprender sino la prestación principal.

Ver: arts. 646 del C. argentino; 1115 del Anteproyecto de Bibiloni; 642 del Proyecto argentino de 1936; 1506 C. chileno: 1358 C. uruguayo; 1563 C. colombiano; 1562 C. ecuatoriano; 1914 C. nicaraguense y lo que acerca del art. 646 del C. argentino explicamos bajo el Nº 1110 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 974. —La obligación facultativa se extingue cuando la cosa que forme el objeto de la prestación principal perece sin culpa del deudor, antes que éste se haya constituido en mora; o porque se hubiere hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación accesoria no hubiere perecido, y fuere posible su entrega.

Ver: arts. 647 del C. argentino; 1506 segunda parte del C. chileno; 1358 segunda parte del C. uruguayo; 1563 segunda parte C. colombiano; 1562 segunda parte C. ecuatoriano; 1914 C. nicaraguense; 1116 del Anteproyecto de Bibiloni; 643 del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca del art. 647 del C. argentino explicamos bajo el Nº 1111 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 975. — Si el objeto de la obligación principal hubiere perecido o se hubiere hecho imposible por culpa o dolo del deudor, o si éste se hubiere hecho cargo del caso fortuito podrá el acreedor exigir su precio o el de la prestación accesoria, y los daños e intereses que se hayan causado.

Ver: arts. 648 C. argentino; 1117 del Anteproyecto de Bibiloni: 643 segunda parte del Proyecto argentino de 1936; y lo que acerca del 648 del C. argentino eplicamos bajo el Nº 1112 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 976. — En caso de duda de si la obligación es alternativa o facultativa, se la tendrá por alternativa.

Ver: arts. 651 del C. argentino; 1118 del Anteproyecto de Bibiloni; 644 del Proyecto argentino de 1936; 1507 C. chileno; 1564 C. colombiano; 1563 C. ecuatoriano; 1359 C. uruguayo; 1920 C. nicaaguense; 968 del Esboço de T. de Freitas y lo que acerca del 651 del C. argentino explicamos bajo el Nº 1107 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO VII

De la obligación solidaria

Art. 977. — La obligación es solidaria cuando varios deudores están todos en virtud del título obligados a pagar la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de la totalidad del objeto de ella, y el cumplimiento de parte de cada uno libera a los otros; o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho a exigir el cumplimiento de la prestación entera y el cumplimiento obtenido por uno de ellos libera al deudor frente a todos los acreedores.

Ver: arts. 1292 C. italiano; 699 C. argentino; 1133 del Anteproyecto de Bibiloni; 655 del Proyecto argentino de 1936; 1200 y 1197 C. francés; 143 y 150 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 427, 420, 428 y 429 C. alemán; 752 y 754 C. portugués; 137 C. español; 1511 segunda parte C. chileno; 1390 C. uruguayo; 791 C. boliviano; 1221 C. venezolano; 1987, 1988 y 1990 C. mexicano; 1568 segunda parte y 1570 C. colombiano; 1567 segunda parte y 1569 C. ecuatoriano; 1400 segunda parte y 1402 C. hondureño; 1924 y 1926 C. nicaragüense; 2077 y 2078 C. de Luisiana; 1461 y 1462 C. guatemalteco; 637 y 640 C. costarricense; 1209, 1212 y 1213 C. peruano; 896 C. brasileño; 1056 de Goyena; 1007 y 1012 del Esboço de T. de Freitas; 128 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 8 y 9 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 272 del C. de la República de China; 1133 del Anteproyecto de Bibiloni y 655 del Proyecto argentino de 1936, y lo que acerca del art. 699 del C. argentino exponemos bajo los Nºs 844 y 924 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Nuestro art. 977, como su modelo el 1292 del C. italiano, no define, sino que describe el fenómeno modal de la solidaridad, a la que Larombiére califica de **ficción legal** en cuanto uno solo de los acreedores es admitido a ejercer el derecho de varios, como si fuera el único, y uno solo de los deudores obligado a pagar la obligación de varios, como si fuera el único (autor cit. t. II, art. 1197, Nº 13, pág. 557). Trasunto, como es él de los arts. 1184 y 1185 del C. italiano abrogado, los cuales, a su vez, lo son de los arts. 1200 y 1197 del C. francés, y éstos de los que, sin duda, Bigot-Preameneu y demás compiladores del Código de Napoleón habrían aprendido de Pothier (**Traité des Obligations in Oeuvres**, t. II, Nºs 261 y 270, págs. 121 y ss., 2ª edición), se resiente de imperfección al atribuir a los efectos de la solidaridad los atributos de su esencia, como principio y causa de sus resultados, defecto no advertido por Toullier y demás glosadores del C. francés (autor cit. **Le Droit Civil Francais** t. VI, Nº 725, pág. 753, 4ª edición).

La verdad es que ningún doctrinador definió nunca la solidaridad, salvo lo de ver en ella la **unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas**, como en 1631 lo expuso Ribbentrop, en Alemania, y lo repitieron Demangeat y Hauriou en Francia, con la adhesión de casi todos los pandectistas germanos, a propósito de la correalidad romana, inconfundible con la **solidaridad simple o solidaridad legal** en que se da la pluralidad de vínculo con una sola prestación por objeto, tal como resulta del estudio profundizado del Código romano, cuya es la autoridad invocada por Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 707 del Código argentino. No siéndonos posible en esta nota compendiar la concepción de los pandectistas germanos de la **correalidad**, nos remitimos a lo que acerca de ella dejamos expuesto bajo los Nºs. 830 y ss., de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. II, pág. 40 y ss.).

Esa doctrina fue en parte acogida por los compiladores del Código italiano de 1942 según puede verse en la glosa de Colagrosso (**opus cit. Parte Generale**, pág. 191), siquiera autores, como Ruggiero, anteriores a la codificación, lo hayan anticipado al subrayar la **unidad de vínculo** en la naturaleza externa de la solidaridad (ver autor cit. Instituciones de Derecho Civil, t. II, vol. I, pág. 84, versión castellana de Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro).

He aquí lo que Colagrosso dice acerca de la solidaridad: "La esencia de la solidaridad reside en la **unidad de la obligación que**, por consiguiente, se presenta como un único vínculo, dotado de una única causa y anderezado a una **única e idéntica prestación**, siquiera pueda ser plural en relación a sus sujetos, activa pasivamente considerados (**una eadem obligatio, plures personae**).

"Debe distinguirse netamente en la obligación solidaria, el lado externo del interno, que vincula a los varios sujetos, activa y pasivamente. Si, respecto al lado externo, cada uno de los sujetos se presenta como si fuera acreedor o deudor, en cambio, en su relación interna depende de la causa determinante de la solidaridad el saber en qué medida, el objeto de la prestación y la carga que él representa, se divide entre más de un deudor y más de un acreedor.

"La doctrina, especialmente la francesa, al definir tal relación interna, recurrió, bajo el imperio del código abrogado (el italiano de 1865) al concepto del **mandato tácito entre acreedores y deudores**, pero sólo limitado a los **efectos útiles** (**mutuum mandatum in utilibus, non in damnosis; mandatum ad conservandam, non ad augendam obligationem**) y puso de resalto que toda la materia de la solidaridad estaba informada en el principio de la **recíproca representación** y, a veces, en el concepto diverso y opuesto de la **división del crédito y del débito**.

"Se demostró que tales conceptos no respondían a la realidad y la exigencia lógica, dado que la obligación solidaria puede ser usada para fines diversos y en el interés de un solo deudor, no justificándose así la facultad de representación (con la correlativa posibilidad de comprometer eventualmente los intereses de de los otros), aun cuando la base de la relación sea el interés común.

"Por otra parte se evidenció que si la noción de representación es idónea para explicar la relación del representado y representante, por una parte y el tercero, por la otra, es en absoluto insuficiente para dar razón de la reación de los dos primeros entre sí, y por consecuencia, a explicar la relación de acreedores y deudores entre sí.

"El nuevo Código ha repelido el concepto de la mutua representación y ha acogido, en cambio, el de la división y de la independencia del débito y del crédito de cada uno de los sujetos, salvo para el pago".

"Todo esto lo hemos dicho, sin leer a Colagrosso, bajo los Nºs. 834 a 836 (t. II, pág. 47 y ss.), de nuestro Tratado de las Obligaciones, con que evidenciamos el error en que incurrían prestigiosos expositores del Código argentino al limitarse a una repetición, sin examen, de la doctrina francesa de la solidaridad, inspirada en el principio de la pluralidad de vínculos con unidad de prestación y el desacreditado mandato recíproco de deudores y acreedores entre sí pero sólo para ganar y no para perder.

Y dado que el Código italiano de 1942 ha limitado la unidad de vínculo al pago y no a los otros modos objetivos de pago, como está dispuesto por el art. 707 del C. argentino, tendremos el cuidado de separarnos de sus decisiones para establecer en el presente código el estatuto regulador de la correalidad y de la solidaridad simple o imperfecta como puede concebírselo a través del Título de Duobus reis del Digesto, tan clara-

mente explicado por Demangeat en su magistral monografía: **Des Obligations Solidaires en Droit Romain**, edición Marescq Aîné, París, 1858.

Art. 978. — La solidaridad no queda excluída por el hecho de que los deudores singulares estén cada uno obligados con modalidades diversas, o el deudor común esté obligado con modalidades diversas frente a los acreedores singulares.

Tampoco la incapacidad del deudor que se obligó con otros que son capaces, como la incapacidad de un acreedor que estipuló con otros que son capaces, excluirá la solidaridad de la obligación. La incapacidad sólo puede ser opuesta por el deudor o el acreedor incapaz.

Ver: sobre el parág. 1º los arts. 1293 del C. italiano; 1201 C. francés; 1140 C. español; 702 C. argentino; 792 C. boliviano; 1512 C. chileno; 1393 C. uruguayo; 1222 C. venezolano; 639 C. costarricense; 1569 C. colombiano; 1568 C. ecuatoriano; 1925 C. nicaraguense; 1401 C. hondureño; 1211 C. peruano; 2087 C. de Luisianada; 10 del C. de las Obligaciones de a República de Polonia; 129 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 897 C. brasileño; 1008 del **Esboço** de T. de Freitas; y lo que bajo el Nº 850 de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos explicado acerca del art. 702 del C. argentino.

--Sobre la segunda parte, ver: art. 703 C. argentino; 1009 del **Esboco** de T. de Freitas. Modificamos en este punto lo preceptuado por el art. 703 del C. argentino, el cual, aunque evidentemente inspirado en el art. 1009 del **Esboco** de T. Freitas, estatuye que: **"Aunque uno de los acreedores fuese incapaz de adquirir el derecho o de contraer la obligación (sic), ésta no dejará de ser solidaria etc."**, con evidente omisión de **"o uno de los deudores"** que dice el modelo, porque tal como reza el citado artículo, sabe a omisión involuntaria del codificador o del copista, pues, el acreedor no tendría que contraer obligación.

La norma que nos ocupa sólo sería aplicable cuando del lado activo o pasivo se diese la pluralidad de sujetos, porque si un solo deudor se obligase a favor de varios acreedores solidarios, y el deudor fuese incapaz, el acto sería nulo. Viene de aquí que el precepto no pueda enunciarse en términos generales, como lo auspician Bibiloni en el art. 1138 parág. 2º de su Anteproyecto y la Comisión en el art. 655 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936, diciendo que: **"La incapacidad de alguno de ellos, no perjudica la validez respecto de los demás"** (ver nuestro Tratado de las Obligaciones, t. II, Nº 851, pág. 67).

Art. 979. — La solidaridad no se presume. Debe ser expresa en la ley, y para los actos jurídicos, resultar de términos inequívocos.

Ver: arts. 701 C. argentino; 1202 C. francés; 1318 C. holandés; 2088 C. de Luisiana; 896 parág. 1º C. brasileño; 1294 C. italiano; 143 y 150 C. Federal suizo de las Obligaciones; 427, 420, 428 y 429 C. alemán; 1137 segundo parágrafo C. español; 1511 C. chileno; 1391 C. uruguayo; 793 C. boliviano; 1223 C. venezolano; 1988 C. mexicano; 638 C. costarricense; 2088 C. de Luisiana; 1568 parág. 2º C. colombiano; 1567 parág. 2º C. ecuatoriano; 1400 parág. 2º C. hondureño; 1924 parág. 2º C. nicaraguense; 1209 parág. 2º C. peruano. El art. 427 del C. alemán estatuye que: **"Cuando varios se obliguen en común, mediante contrato, a una prestación divisible, deberán considerarse, en caso de duda, como deudores solidarios"**. Se presume solidaridad por el solo hecho de obligarse en común por contrato. Es lo opuesto al derecho uniforme en este materia. Su art. 272 exige que la solidaridad contractual sea expresa. Igual doctrina inspira el art. 11 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia en cuanto no presume la solidaridad activa ni pasiva. Así también lo estatuyó el art. 1010 del **Esboço** de T. de Freitas y así igualmente lo preceptúan los arts. 1134 del Anteproyecto de Bibiloni y 656 del Proyecto argentino de 1936. Sobre el origen romano de nuestro art. 976 ver lo que dejamos expuesto acerca del 701 del C. argentino bajo los Nºs 840 y 844 de nuestro Tratado de las obligaciones.

Art. 980. — La obligación solidaria perderá su carácter en el único caso de renunciar el acreedor expresamente a la solidaridad, consintiendo en dividir la deuda entre cada uno de los deudores. Pero si renunciare a la solidaridad en provecho de uno o de algunos de los deudores, la obligación continuará siendo solidaria para los otros, con deducción de la cuota correspondiente al deudor dispensado de la solidaridad:

Ver: arts. 704 C. argentino; 1210 C. francés; 1311 parág. 1º C. italiano; 1018, 1019 inc. 2º del **Esboço** de T. de Freitas; 912 C. brasileño; 1400 C. uruguayo; 601 C. boliviano; 147 parág. 2º del C. Federal suizo de las obligaciones; 2425 C. alemán; 1233 C. venezolano; 1516 C. chileno; 646 C. costarricense; 2096 C. de Luisiana; 1573 C. colombiano; 1572 C. ecuatoriano; 1936 C. nicaraguense; 1406 C. hondureño; 1021 del **Esboço** de T. de Freitas; 141 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 16 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1135 del Anteproyecto de Bibiloni; 657 del Proyecto argentino de 1936; y lo que acerca del art. 704 del C. argentino dejamos expuesto bajo los ns. 865 y 866 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 981. — El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamaren el todo contra uno de los deudores, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubieren reclamado sólo la parte, o de otro modo hubieren consentido la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás, con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad.

Ver: art. 705 del C. argentino, con la supresión de la frase incidental: "y resultase insolvente" propuesta por Bibiloni en el art. 1136 de su Anteproyecto y auspiciada por la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 658 del Proyecto de 1936. La verdad es que esa frase incidental a la que el art. 705 del C. argentino subordina el derecho de los acreedores no pagados por el deudor demandado por el todo, a demandar por el mismo todo a sus otros co-deudores, hace depender este derecho de un hecho complejo y de prueba que puede ser laboriosa, y alimenta un incidente en que se refugia la mala fe. Basta, dice nuestro autor, que no se haya cumplido con la obligación por efecto de la demanda para justificar la acción contra los demás, si es que se necesita acreditar lo que está en el derecho mismo del acreedor. En efecto, así lo estatuyen los arts. 1204 del C. francés; 1320 del C. holandés; 2090 del C. de Luisiana; 1307 del C. italiano; 1144 C. español; 421 C. alemán; 144 C. Federal suizo de las obligaciones; 908 C. brasileño; 753 C. portugués; 1515 C. chileno; 1398 inc. 2º C. uruguayo; 1999 parág. 3º C. mexicano; 1572 C. colombiano; 1571 C. ecuatoriano; 1928 C. nicaraguense; 1404 C. hondureño; 1213 C. peruano; 133 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 1017 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas y lo que acerca del art. 705 del C. argentino dejamos expuesto bajo los Nos. 858 y 861 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 982. — El deudor puede pagar la deuda a cualquiera de los acreedores, si antes no hubiere sido demandado por alguno de ellos, y la obligación queda extinguida respecto de todos. Pero si hubiere sido demandado por alguno de los acreedores, el pago debe hacerse a éste.

Ver: arts. 706 C. argentino; 1198 C. francés; 1296 C. italiano; 2084 C. de Luisiana; 1142 C. español; 750 C. portugués; 150 in fine del C. Federal suizo de las Obligaciones; 428 C. alemán; 1513 C. chileno; 1396 inc. 4º C. uruguayo; 1241 C. venezolano; 789 C. boliviano; 1994 mexicano; 1570 C. colombiano; 1569 C. ecuatoriano; 1402 C. hondureño; 1926 C. nicaraguense; 1212 C. peruano; 1013 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 1137 del Anteproyecto de Bibiloni; 659 del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca del art. 706 del C. argentino dejamos expuesto bajo los Nos. 858 y 869 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 983. — La dación en pago, la novación, la compensación, confusión o remisión de la deuda, hecha por cualquiera de los acreedores, y con cualquiera de los deudores, extingue la obligación.

Ver: arts. 707 C. argentino; 1013 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; y 1061 de Goyena; y lo que bajo el Nº 856 de nuestro Tratado de las Obligaciones exponemos acerca del art. 707 del C. argentino, al que esta vez se agrega "la dación en pago" sugerida por Bibiloni en el art. 1138 de su Anteproyecto y auspiciada por la Comisión de reformas del Código argentino en el art. 660 de su Proyecto.

Henos así ante el precepto capital de la disciplina de la correalidad, en torno al cual se viene librando la más ardua controversia doctrinal entre los dos bandos en que se dividen: los sostenedores de la concepción francesa de la solidaridad, definida por la pluralidad de vínculos con unidad de prestación, y los que sostenemos la concepción romana clásica de la correalidad o solidaridad perfecta, definida por la unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas, al favor de la cual pueden explicarse los efectos objetivos o in rem de los substitutivos del pago en la extinción de la solidaridad.

Dada a la estampa en 1941 la magistral monografía: "Intorno all'Unitá o pluralitá di Vincoli Nella Solidarieta Contrattuale", con que la sabia romanista María Emilia Lucifredi Peterlongo puso en claro el origen de la dualidad de la doctrina civil de la solidaridad, trascendida al derecho positivo francés, y, a su imitación, a la legislación, de las naciones que estructuraron sus códigos en los moldes del de Napoleón, puede darse por finiquitada esa controversia, perfectamente explicada ahora en sus causas.

Juzga nuestra autora, a la luz de los textos del Digesto, que la relación solidaria de la época clásica era única por razón de la unidad del acto constitutivo del vínculo, sea éste la estipulación o los pactos adjuntos a contratos distintos de la estipulación, los cuales, por la protección acordada a la buena fe, daban lugar, en caso de controversia, a un **iudicium bonae fidei**, como varios textos lo acreditan en materia de venta, de locación, de mandato y de depósito. Así, por supervivencia de lo preceptuado en el D. XVII, t. I, 60 (Scaevol lib. 1 respons), el art. 1945 del C. argentino, trasiego del 2002 del C. francés, preceptúa que: "Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, la quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato".

Si no obstante, los compiladores del C. francés concibieron la solidaridad como pluralidad de vínculos aglutinados por la idea de mandato recíproco **ad conservandam et perpetuandam obligationem**, pero no **ad destruendam obligationem**, se debe a que bebiendo su información en múltiples pero contradictorios textos del Digesto, afirmativos unos del vínculo solidario único y de la pluralidad de vínculo otros, desnaturalizados éstos por las interpolaciones de la época de Justiniano, no advirtieron que tal contradicción no era la expresión de una dúplice construcción teorética de la relación solidaria voluntaria, correspondiente a una diversidad de dirección de cada jurisconsulto, sino antes, al contrario, propio de los mismos que concebían y proclamaban la estructura unitaria del vínculo solidario, los cuales aparecen como autores de los fragmentos en que se lo presenta como pluralidad de vínculos, siquiera en su mayor parte notados por la crítica, como no genuinos.

Omitimos la reproducción de los referidos textos interpolados del Digesto para no desbordar los estrechos límites de esta apostilla. Remitimos al lector a la obra citada de M. E. Lucifredi Peterlongo, en la que dará con ellos.

La unidad del vínculo solidario y los efectos extintivos del pago y demás modos substitutivos de hacerlo, como la dación en pago, la novación, la compensación, la confusión o remisión de la deuda, son lógica consecuencia de dicha unidad y de la regla según la cual **acceptilatione unius tota solvitur obligatio** (Dig. 45, 2, fr. 2), que T. de Freitas, anticipándose al Código argentino, admitió por el art. 1013 inc. 4º de su Esboço, y Vélez Sarsfield, en disidencia con las decisiones del Código francés y sus imitaciones adujo en la nota del art. 707 de su Código como más acertada solución de los problemas suscitados por la obligación solidaria, conforme con la autoridad del Código romano.

Idéntica doctrina había sido consagrada por Bello en el art. 1513 parág. 2º del Código de Chile, el cual preceptúa que: "La condonación de la deuda, la compensación, la novación que intervenga entre el deudor y uno cualquiera de los acreedores solidarios, extingue la deuda con respecto a los otros, de la misma manera que el pago lo haría; con tal que uno de éstos no haya demandado yo al deudor". Concuerda con el art. 1668 del mismo Código, relativo á la confusión.

Con estos antecedentes se explica que análoga decisión se halle consagrada por el art. 900 del C. brasileño; el 756 del C. portugués; el 1143 del C. español; 1399 y 1396 5º del C. uruguayo; 1991 del C. mexicano; el 1216 del C. peruano; 1576 del C. colombiano respecto de solo la novación; el 1575 del C. ecuatoriano con idéntica limitación.

Los arts. 422 y 423 del C. alemán atribuyen efectos extintivos de la solidaridad, a igual que el pago, a la dación en pago; al pago por consignación y la compensación opuesta por el deudor que al mismo tiempo fuese acreedor del acreedor común, y finalmente a la remisión de la deuda entre el acreedor y un

deudor solidario, si, éste prueba que los contratantes han querido extinguir el crédito en su totalidad. El art. 429 preceptúa que la confusión operada en un solo acreedor solidario extingue los derechos de los demás acreedores.

Consagran la solución contraria los arts. 1198 2ª parte (remisión); 1281 (novación); 1294 in fine (compensación); 1301 in fine (confusión) del C. francés, y a su imitación los arts. 1185 2ª parte del C. italiano de 1865, respecto de la remisión o liberación convencional, que siendo hecha por el acreedor con uno de los deudores solidarios sólo libera al deudor por la parte de ese acreedor, pero la liberación aprovecha a los demás deudores, como igualmente lo estatuye el art. 1301 del Código de 1942; y los arts. 1245 (confusión), 1246 (remisión), 1247 (novación) del C. venezolano, según los cuales estos equivalentes del pago sólo producen efectos in personam y no in rem. Idéntica doctrina inspira a los arts. 789 (remisión), 800 (confusión), del C. boliviano, salvo la novación, art. 873 que produce efectos in rem y la remisión, art. 878 a no ser que el acreedor haya reservado expresamente sus derechos contra los demás deudores solidarios. Así también lo estatuye el art. 642 del C. costarricense respecto de la remisión y el art. 643 respecto de la compensación, limitada al deudor cuyo crédito la produzca, siquiera esta parte beneficie igualmente a los demás deudores; y los arts. 1732 (compensación), 1935 (quita o remisión), y 1943 (novación) del C. nicaragüense y los arts. 1408 (remisión), y 1409 (novación) del C. hondureño, también inspirados en los efectos in personam de estos substitutivos del pago.

El art. 1212 del C. peruano sólo confiere efectos in personam a la confusión que tiene lugar porque uno de los deudores solidarios llega a ser heredero del acreedor o porque éste llega a ser heredero de uno de los deudores. Mas, su art. 1216 confiere efectos in rem a la novación, la remisión y la compensación hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores.

Adicto Bibiloni a la concepción romana clásica de la solidaridad reproduce en el art. 1138 de su Anteproyecto al 707 del Código argentino, con el agregado de la dación en pago admitida por el art. 422 parág. 2º del C. alemán, no sin observar su antinomia con el art. 866 relativo a la confusión que, según este precepto, inspirado en el 1209 del C. francés, sólo extingue la obligación in personam, correspondiente al deudor o al acreedor respecto del cual se ha producido, y no a la parte de los otros coacreedores o codeudores.

"La unión en la misma persona del crédito y la deuda solidaria, dice Bibiloni, produce una verdadera extinción de ellos por imposibilidad orgánica. No se concibe que un deudor se continúe debiendo a sí mismo. Si el acreedor, es, por ejemplo, heredado por uno de los deudores solidarios, no es heredero solamente en la parte de éste en la deuda, es heredero en el todo. Y no es deudor de una parte del crédito. Hay solidaridad: es deudor del todo. La unión es de dos calidades coextensas. Debe todo, y es acreedor de todo. (ver autor y opus cits. t. II, pág. 66 y ss.) y art. 660 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 984. — Si la cosa debida ha perecido por el hecho o culpa de uno de los deudores, o se hallare éste constituído en mora, los otros codeudores están obligados a pagar su equivalente con más la indemnización de pérdidas e intereses.

Suprimimos el art. 709 del C. argentino, por innecesario, y refundimos en uno solo los arts. 710 y 711, contra el parecer adverso de Bibiloni, quien luego de criticar a Vélez Sarsfield por un hecho intrascendente cual es la cita equivocada del art. 1017 Inc. 2º del Esboço de T. de Freitas, en apoyo del 711 de su Código, arguye con los arts. 1205 del C. francés; 1521 del C. de Chile; 146 del C. Federal suizo de las Obligaciones, a los que pudo agregar los arts. 1191 del C. italiano abrogado, ahora 1307 del Código de 1942; 755 del C. portugués; 425 del C. alemán; 1398 Inc. 7º del C. uruguayo; 796 del C. boliviano; 1227 del C. venezolano, 645 del C. costarricense; 1220 del C. peruano; 1578 del C. colombiano; 1577 del C. ecuatoriano; 1933 del C. nicaragüense, que el art. 711 es un error.

Mas el derecho uniforme de estos códigos, nada prueba en contra del principio romano del art. 711 del C. argentino.

Acabamos de ver lo que en abono del art. 1138 de su Anteproyecto dice Bibiloni a sea que: "La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en que no existen partes", de suerte que siendo así, sabe a paradoja que porque todos los Códigos inspirados en la concepción francesa de la solidaridad —en la que hay partes y en la que la obligación de cada deudor es, salvo para el pago, independientemente de la de los otros, como enfáticamente lo proclaman los compiladores del C. venezolano de 1942 en la nota 1ª a su art 1227 —estatuyen que la indemnización de perjuicios e intereses por perecimiento culposo de la cosa debida sólo puede ser demandada contra el autor del hecho, se debe repudiar la decisión romanista del art. 711 del argentino, y substituirla por el argumento del art. 1521 del C. chileno, si castizo por su forma, netamente francés por su substancia.

No es de negar que la culpa no se transmite. Mas, como en la solidaridad de nuestro derecho no hay partes, la obligación de pagar el precio de la cosa perdida no puede quedar a cargo de los demás deudores, separada de la obligación de indemnizar, dejada a cargo del autor, sin desnaturalizar la solidaridad. Ambas obligaciones, como la principal, deben quedar a cargo de los demás deudores, expuesta a la acción del acreedor contra cualquiera de ellos, sin perjuicio de que en sus relaciones internas, los deudores no culpados reclamen por acción regresiva lo que pagaron, contra el deudor culpable de la pérdida de la cosa debida, tal como lo preceptúa el art. 1147 2ª parte del C. español que dice: "Si hubiese mediado culpa de parte de cualquiera de ellos, todos serán responsables, para con el acreedor, del precio y de la indemnización de daños y abono de intereses, sin perjuicio de su acción contra el culpable o negligente". Decisión es ésta que, si en apariencia puede parecer contradictoria con el principio de la intransmisibilidad de la culpa, se justifica por la naturaleza de la solidaridad que, para el acreedor es una garantía más sólida y más firme que la fianza, y porque, como dice Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 711, la obligación de indemnizar sucede a la obligación primitiva. Pagada que sea ésta, arreglarán entre sí los correos la responsabilidad entera del autor del hecho por repetición de la que hubieren pagado. No es única esta decisión. Por aplicación de la teoría de la realidad de las personas jurídicas, acogida por este Código en substitución de la teoría de la ficción, estatuye nuestro art. 86 la responsabilidad de las personas jurídicas de Derecho público por los actos de sus representantes que, procediendo en esa calidad, de modo contrario al derecho, o faltando al deber prescripto por la ley, causen daños a terceros, salvo el derecho regresivo contra los causantes del daño; y por extensión del mismo principio, preceptúa el art. 93 del presente Código que: "Las personas jurídicas del Derecho privado responden del daño que su Directorio o Comisión directiva o un miembro de la dirección u otro órgano instituido por sus Estatutos, ha causado a un tercero, por actos jurídicos o por cualquier hecho, sea delito o cuasi delito, y aun por los hechos que sin ser ilícitos, fuesen cumplidos a beneficio de ellas, en ejercicio de sus funciones y obliguen a la reparación del perjuicio. El hecho así cometido compromete la responsabilidad personal de su autor a favor de la persona jurídica de conformidad con lo dispuesto en el art. 90 de este Código".

Esta doble responsabilidad del órgano respecto de terceros, se ejerce solidariamente con la persona moral misma. Enseña Savatier que respondiendo el órgano de su culpa personal respecto de la persona moral, tiene ésta un recurso contra él cuando por culpa del órgano es condenada a indemnizar al tercero, según así lo dejamos explicado en nuestra apostilla al art. 93.

Véase lo que acerca del art. 711 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 905 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 985. — Si falleciere alguno de los acreedores o deudores y no dejare más de un heredero, éste sucederá activa o pasivamente a su autor en la totalidad del crédito o la deuda. Si fueren más de uno los herederos no podrán exigir ni estarán obligados a pagar la totalidad de la deuda sino por su parte y porción en ella, según su haber hereditario; mas todos reunidos serán considerados como un deudor solidario en relación a los demás deudores.

Ver: arts. 712, 3416, 3431, 3432, 3485, 3486, 3491, 3491, 3492 y 3493 del C. argentino; 1140 del Anteproyecto de Bibiloni; 662 del Proyecto argentino de 1936; 1013 inc. 2º y 1016 inc. 2º del **Esboço** de T. de Freitas; 905 C. brasileño; 1295 C. italiano; 1523 C. chileno; 804 C. boliviano; 1993 C. mexicano; 1217 C. peruano; 1580 C. colombiano; 1579 C. ecuatoriano; 1413 C. hondureño; 1952 C. nicaraguense; y lo que acerca del art. 712 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 860 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 986. – Cualquier acto que interrumpa la prescripción en favor de uno de los acreedores o en contra de uno de los deudores, aprovecha o perjudica a los demás.

Ver: arts. 713 C. argentino; 1199, 1206 y 2249 C. francés; 1059 de Goyena; 1310 parág. 1º C. italiano; 176 parág. 1º del C. brasileño; 136 C. Federal suizo de las Obligaciones; 425 C. alemán; 554-558 C. portugués; 2001 C. mexicano; 1545 C. boliviano; 1396 inc. 3º C. uruguayo; 1240 C. venezolano; 157 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos y lo que acerca del art. 713 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 888 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 987. — La demanda de intereses entablada contra uno de los deudores solidarios hace correr los intereses respecto de todos.

Ver: arts. 714 del C. argentino; 1207 C. francés; 1398 inc. 5º C. uruguayo; 797 C. boliviano; 2093 C. de Luisiana; 1192 C. italiano abrogado; 909 C. brasileño; 1933 C. nicaraguense; 645 C. costarricense; 1221 C. peruano.
En contra: 1308 C. italiano de 1942; 134 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 13 parág. 2º C. de las Obligaciones de la R. de Polonia; 425 C. alemán; 146 C. Federal suizo de las Obligaciones.
Ver lo que acerca del art. 714 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 906 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 988. — La mora de uno de los acreedores solidarios, produce también sus efectos respecto de los demás y a favor de todos los deudores.

Ver: arts. 1142 del Anteproyecto de Bibiloni; 664 del Proyecto argentino de 1936; 424 y 429 del C. alemán. Este precepto, sin antecedente en el C. argentino, se funda en que si el pago, una vez efectuado, debe producir efectos respecto de todos, la oferta de pago debe presentar el mismo carácter. Los compiladores del C. alemán juzgaron inadmisible que rechazándose la oferta de pago hecha por uno de los deudores, se obligue a los otros a renovar una oferta análoga y a provocar un rechazo idéntico, para tener derecho a invocar los efectos de la mora del acreedor.
Este no pierde por la oferta de pago que reciba su derecho a dirigirse contra otro de sus co-deudores y demandarle. Siendo así, los deudores deben conservar la cosa para estar listos a entregarla, llegado el caso. Juzgaron, además que era justísimo que pudiendo el acreedor prolongar la suerte de la obligación respecto de todos, sea responsable también respecto de todos del agravamiento que puede resultar para todos. (ver **Code Civil Allemand**, versión francesa y notas de Bufnoir, Challamel, Saleilles y otros, t. I, pág. 630).

Art. 989. — El acreedor que hubiere cobrado todo o parte de la deuda, o hecho remisión o novación, o aceptado la delegación por otro deudor a que se refiere el art. 926, o por alguno de los solidarios, con liberación de los demás, o la hubiese extinguido por compensación, queda obligado frente a sus coacreedores a entregar a cada uno la parte que en el crédito les corresponda, según el título constitutivo. En caso de duda se presume que las partes son iguales: En caso de confusión se procederá de igual manera.

Ver: arts. 708 C. argentino; sin antecedente en el C. francés, ni en los demás vaciados en sus moldes. Goyena, en la nota al art. 1061 de su Proyecto, explica la justicia de esta decisión, paralela a la del art. 1068 de su propio esbozo, que corresponde a lo estatuido en los arts. 716 y 717 del C. argentino. (ver autor y opus cits. t. III, pág. 95 y lo que acerca del art. 708 del C. argentino dejamos expuesto en bajo el Nº 859 de nuestro Tratado de las Obligaciones).

Art. 990. — La cosa juzgada entre deudores y acreedores solidarios, cualquiera que para éstos sea la suerte del pleito, produce efectos reales a favor o en contra de todos, siempre que por hecho personal del acreedor no pueda imputársele haber perjudicado a los otros.

Sin antecedente en el C. argentino. Harto se sabe de la dispersión de pareceres acerca de la cosa juzgada en la solidaridad. Confróntese su catálogo en la apostilla de Bibiloni al art. 1145 de su Anteproyecto. Tres son las doctrinas expuestas:

1º) **la negativa de cosa juzgada** en todos los casos, de Laurent, t. XVII, Nºs 271 y t. XX, Nºs 120 y 121:
2º) **la que admite la cosa juzgada a favor y en contra de todos:** de Merlin, **Questions de Droit, Chose Jugué,** parág. 18, Nºs 1 y 2; Toullier, t. X, Nºs 202 y 204; Demolombe, t. XXVI, Nºs 191 y 374; Giorgi, Obligaciones, t. I, Nºs 107 y 175; y
3º) **La que no admite la cosa juzgada que pueda oponerse a los acreedores o deudores que no fueron partes en el pleito, pero que pueden invocarla a su favor,** de Aubry y Rau, t. IV, parág. 298 **bis** y parág. 298 ter; Masé y Vergé in Zachariae, t. III, parág. 527, nota 11, y parág. 528, nota 6; Mourlón, t. II, Nº 1630.

De los códigos modernos, el italiano de 1942 estatuye por su art. 1306 que:

"La sentencia pronunciada entre el acreedor y uno de los deudores solidarios o entre el deudor y uno de los acreedores solidarios, no tiene efecto contra los otros deudores o contra los otros acreedores.

"Los otros deudores pueden oponerla al acreedor, salvo que se funde sobre razones personales del codeudor; los otros acreedores pueden hacerla valer contra el deudor, salvo las excepciones personales que éste pueda oponer a cada uno de ellos".

Comparada esta decisión con el art. 1145 del Anteproyecto de Bibiloni ofrece con éste analogías propias de un común origen doctrinal, con el cual no nos es posible comulgar, por contrario al principio fundamental de la correalidad o solidaridad perfecta, disciplinada en la presente Sección de este Código, cual es la unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas.

Antes de pasar adelante, conviene advertir que en el texto italiano del art. 1306 del Código de 1942, donde en castellano decimos **"solidarios"** se emplea la vos **"in solido"** de la voz latina **in solidum,** que en el Derecho romano clásico tuvo significación de obligaciones acumulativas con unidad de prestación, y que en el Derecho moderno incluye la obligación de la letra de cambio tan distinta de la obligación correal y de la solidaridad simple, con el agravamiento de dejar sin justificación posible la consagración del principio negativo de la fuerza expansiva de la cosa juzgada respecto de los **correus** ajenos al juicio, exhumado, sin duda, del texto interpolado del D. 46, 1, 52, 3 (Papinianus, lib. 11, **responsorum**) por los compiladores de la época justinianea, y a renglón seguido su limitación por la facultad conferida a los mismos codeudores de oponerla al acreedor, salvo que la sentencia sea fundada en una razón personal al demandado; e idéntica facultad conferida a los otros acreedores de hacerla valer contra el deudor, salvo la excepción personal que éste podría oponer a cada uno de ellos, tal como lo admitió Pomponius, lib. 18, **epistolarum** en el texto igualmente interpolado bajo Justiniano.

El art. 1145 del Anteproyecto, dice así: **"La sentencia dictada en juicio seguido por el acreedor con uno de los deudores solidarios, no produce efectos contra los demás, pero puede ser invocada por éstos, a menos que se fundara en una causa personal al deudor litigante.**

"La sentencia dictada en juicio seguido por uno de varios acreedores con el deudor, no produce efectos contra los otros, pero puede ser invocada por ellos a menos que se fundara en una causa personal al acreedor litigante". Sin modificación en el art. 667 del Proyecto argentino de 1936.

Como se ve, no hay diferencia de este precepto con el art. 1306 del C. italiano de 1942, ni con los arts. 144 y 150 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones, ni con el art. 17 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia, trasiego de los arts. 425 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Las disposiciones indicadas son conformes con la limitación subjetiva de la presunción de verdad de la cosa juzgada estatuida por el art. 1351 del C. italiano de 1865, ya abrogado, trasiego del 1351 del C. francés, y discrepantes con la doctrina de Merlín, Toullier, Marcadé, Larombiére, Demolombe, Barde, Vigié, Saleilles y Giorgi, al reducir su aplicación a los únicos casos de sentencias fundadas en consideraciones **in rem,** o sea con exclusión de aquellas motivadas en consideraciones **in personam,** según así lo distinguieron también los pandectistas respecto del D. 46, 1, 52, 3 (**Papinianus** lib. 11, **responsorum**).

Tal decisión es conforme con el art. 2909 del C. italiano de 1942, por aplicación del cual queda rechazado el principio romano clásico de la identidad jurídica de los obligados correales ajenos a la litis, salvo que las consideraciones objetivas de la sentencia les sean favorables a los correos: **secundum eventum litis.**

Esta distinción entre sentencias absolutorias y de condena, carece de justificación, porque las unas como las otras son meros juicios lógicos del juez, quien en cumplimiento de su misión de poner fin a los litigios y evitar su repetición entre las mismas partes, por las mismas e idénticas causas y objetos, ha debido ceñirse a un silogismo, del cual la mayor es la norma legal, la menor el hecho concreto o sea la relación controvertida, y su decisión, la aplicación de la norma al hecho, operación de la mente inexcusable en uno u otro caso, razón por la cual, tanto la sentencia absolutoria, como la de condena, son meramente **declarativas,** en cuanto no crean una norma, sino sólo reconocen una norma preexistente, siquiera controvertida en juicio.

Tampoco es absoluto el principio según el cual los terceros no deben sufrir las consecuencias de las sentencias pronunciadas **inter allos,** por haber carecido de un medio jurídico para evitarlas. Coviello enseña a este propósito que se ofrece la posibilidad de que un tercero —entendiendo por tal, no el mero interesado, sino el habiente de un derecho propio—, sufra los efectos de una sentencia pronunciada sin su intervención, en unos casos, porque la relación controvertida no podía ser negada sino por una persona determinada, y, en otros, porque el ejercicio de la acción cumplida por uno lo impide a todos los otros. Ejemplos de la primera hipótesis, dice nuestro autor, son las sentencias que declaran la ausencia con presunción de fallecimiento; pronuncian la separación de cuerpo y bienes entre cónyuges; la interdicción por enajenación mental o declaran la quiebra. Ejemplos de la segunda hipótesis son las sentencias pronunciadas en acciones populares.

No hace falta recurrir al concepto de representación para establecer la identidad de personas, como acontece en la relación de sucesión, sea a título universal o particular, casos ambos en los cuales el sucesor subentra en la misma posición jurídica de su autor, por donde viene la máxima: **nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet.**

De esta suerte, la sentencia pronunciada contra el autor beneficia o perjudica al sucesor, si la relación de sucesión es posterior a la sentencia, porque sólo a esta condición puede decirse que el adquirente de derecho, objeto de la decisión, no puede substraerse a sus efectos. Si la adquisición tuviese lugar antes de la iniciación del juicio, o durante su substanciación, o antes de la sentencia, entraría el adquirente en la posición jurídica que su autor tenía en ese momento, expuesto a ver negada la relación jurídica en su contradicción. Incluye Coviello en la categoría de sucesores a título singular respecto de los cuales se extienden los efectos de la sentencia, según que lleguen a serlo después o antes de la decisión, no sólo los adquirentes de un derecho real de goce, propiedad, usufructo, uso, servidumbre predial, sino también los adquirentes de un derecho real de garantía, como los créditos pignoraticios o hipotecarios. Si el derecho real de goce fuese adquirido antes de la sentencia, la cosa juzgada no extendería sus efectos respecto del adquirente que no inscribió su adquisición en el Registro de los derechos reales. En cambio, el acreedor pignoraticio y el hipotecario no serían terceros, aun cuando la prenda o hipoteca se hubiesen constituído antes de la sentencia.

Rechaza Coviello la teoría de la representación imperfecta o incompleta, según la cual en los casos de comunión, fianza, obligaciones solidarias o indivisibles, los interesados que no fueron partes en el juicio trabado con uno de ellos, no pueden prevalerse de la sentencia sino sólo en el caso de serles favorable, porque tal limitación es arbitraria. Cuando la incertidumbre del éxito es inherente a la naturaleza de toda litis, no es concebible, dice nuestro autor, un consentimiento a obrar en juicio por nosotros, que sólo haya de valer en caso de victoria, y no en el de pérdida (autor cit. **Manuale di Diritto Civile Italiano,** Nº 186, pág. 561 y ss.).

Explícase así que glosando Adolfo Giaquinto, Presidente de la Corte Suprema italiana de Casación, el art. 1306 del Código de 1942, admita que se pueda dudar de la equidad de distinguir la sentencia favorable de la de condena y establecer sobre estas bases que pueda invocarse aquélla y rechazarse esta última. Puede comprobarse —agrega— que con este sistema pueden surgir situaciones de hecho opuestas e insolubles (ver

autor cit. **In Codice Civile, Commentario** bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, t. I, pág. 267).
Al adoptar Bibiloni en el art. 1145 de su Anteproyecto la doctrina francesa de Aubry y Rau, Zachariae, Massé y Vergé, Mourlón, Delvincourt, Durantón y Colmet de Santerre, sostenida en Bélgica por Laurent, de la limitación subjetiva de la cosa juzgada a sólo los que fueron partes en el pleito, siquiera los ajenos a la litis puedan invocarla en lo que les sea favorable, en materia de solidaridad, incurre, a nuestro ver en dos fundamentales contradicciones: 1º) la de admitir que en la solidaridad hay partes una, la que controvierte el derecho, deudor o acreedor; y, la otra, los codeudores o coacreedores ajenos al pleito, que no son perjudicados por el fallo decisivo del litigio, pero que pueden invocarlo a su favor, porque son por ficción mandatarios recíprocos para ganar, pero no para perder: **ad conservandam et perpetuandam obligationem, non ad augendam**, sin embargo de haber dicho al pie del art. 1138 de su Anteproyecto que: "La solidaridad, porque lo es, es una vinculación en que no existen partes" (t. II, pág. 67, edic. Kraft); y 2º) la de admitir la limitación subjetiva de la cosa juzgada a sólo el codeudor o el coacreedor que traba la litis sobre una relación jurídica solidaria, y negar su fuerza expansiva desfavorable a los correos ajenos a la controversia, por no haberse dictado el fallo **inter eadem personas**, uno de los cuatro requisitos a cuyo concurso el art. 1351 del C. francés subordina la autoridad de la cosa juzgada, sin embargo de haber sostenido al pie del art. 534 de su Anteproyecto que en este precepto no se repite el requisito: "**inter eadem personas**" del aforismo de Juliano: "**Exceptio rei judicatae obstat, quoties inter eadem personas eadem questio revocatur**", pero sí el principio romano fundamental de la "**eadem questio**", porque lo que importa es la identidad de cuestión para que haya cosa juzgada, al punto de concluir con la Comisión redactora del Código alemán que: "La coincidencia de la acción deducida con una antes desestimada, será reconocida por la comparación del contenido de la sentencia en la extensión en que constituye cosa juzgada, con el de la nueva demanda. Reconocer la coincidencia, es materia de lógica jurídica" (ver autor y opus cits. t. pág. 187, edición Kraft).
Estas contradicciones, patentes, como son, nos alejan del Anteproyecto de Bibiloni y nos inducen a auspiciar una decisión coherente con el principio de la unidad del vínculo solidario de la correalidad, con pluralidad de relaciones subjetivas, sobre todo ahora que la propia jurisprudencia francesa admite la fuerza expansiva de la cosa juzgada en la solidaridad respecto de los codeudores o coacreedores que fueron ajenos el pleito, como lo enseña Planiol (Traité Elémentaire, t. II, Nº 760, pág. 245, 9ª edición y lo que acerca de la cosa juzgada en la solidaridad explicamos bajo los Nºs 890 y 897 de nuestro Tratado de las Obligaciones).

Art. 991. — Cada uno de los deudores puede oponer a la acción del acreedor, todas las excepciones que sean comunes a todos los codeudores y también las que les sean personales, pero no las que lo sean a los demás deudores.

Ver: arts. 715 C. argentino; 1208 C. francés; 1327 C. holandés; 1297 C. italiano; 2094 C. de Luisiana; 911 C. brasileño; 145 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1148 C. español; 756 C. portugués; 1520 C. chileno; 1399 C. uruguayo; 799 C. boliviano; 1224 C. venezolano; 1995 C. mexicano; 1577 C. colombiano; 1576 C. ecuatoriano; 1931 C. nicaraguense; 1410 C. hondureño; 1218 C. peruano; 1017 inc. 6º del **Esboço** de T. de Freitas; 132 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 422 parág. 2º y 425 C. alemán; 1141 del Anteproyecto de Bibiloni; 663 del Proyecto argentino de 1936, y lo que acerca del art. 715 del C. argentino dejamos expuesto bajo el Nº 908 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 992. — En las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores y el crédito solidario se divide entre los diversos coacreedores, por partes iguales, salvo que haya sido contraída, según el título, en interés exclusivo de alguno de ellos o en proporciones distintas. El deudor que ha desinteresado al acreedor, o en quien se ha operado la confusión, tiene acción para exigir de los demás la contribución de su parte. La de los insolventes, se divide entre los demás deudores originarios, incluyendo a los exonerados de la solidaridad o de la obligación, o de su parte en la deuda, por el acreedor.
Se exceptúa de la acción de regreso la extinción del crédito por remisión gratuita.

Ver: sobre el parág. 1º, art. 716 del C. argentino; 1213 C. francés; 1298 C. italiano; 1225 y 1240 C. venezolano; 1404 y 1405 C. uruguayo; 804 C. boliviano; 1999 y 2000 C. mexicano; 1522 C. chileno; 1133 C. español; 649 C. costarricense; 1579 C. colombiano; 1578 C. ecuatoriano; 1944 C. nicaraguense; 1412 C. hondureño; 2099 C. de Luisiana; 1210 C. peruano; y lo que acerca del art. 716 del C. argentino dejamos expuesto bajo el Nº 912 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Sobre la segunda parte ver los arts. 1146 del Anteproyecto de Bibiloni; 668 del Proyecto argentino de 1936; 717 C. argentino; 1214 y 1215 C. francés; 1299 C. italiano; 1145 C. español; 2100 C. de Luisiana; 913 a 915 C. brasileño; 754 C. portugués; 426 C. alemán; 148 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1522 C. chileno; 896 C. austriaco; 1404 C. uruguayo; 805 C. boliviano; 1999 C. mexicano; 1579 C. colombiano; 1578 C. ecuatoriano; 1947 C. nicaraguense; 1412 C. hondureño; 1022, 1023 y 989 del **Esboço** de T. de Freitas; 146 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, y lo que acerca del art. 717 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 912 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO VIII

De las obligaciones divisibles

Art. 993. — Las obligaciones son divisibles cuando siendo ellas simplemente mancomunadas entre dos o más deudores o acreedores, tienen por

objeto prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial. Y son indivisibles las obligaciones de la misma naturaleza que no pueden cumplirse sino por entero.

La solidaridad estipulada no confiere a la obligación el carácter de indivisible, ni la indivisibilidad de la obligación la hace solidaria.

Ver: arts. 667 y 668 C. argentino; 1217 y 1220 C. francés; 1332 C. holandés; 2104 C. de Luisiana; 890 C. brasileño; 420 C. alemán; 888 y 889 C. austriaco; 1526 C. chileno; 1379 C. uruguayo; 1352 segunda parte C. venezolano; 811 segunda parte C. boliviano; 1985 C. mexicano; 1137 y 1138 C. español; 674 y 675 C. costarricense; 1581 y 1583 C. colombiano; 1953 y 1954 C. nicaraguense; 1400 primer parágrafo C. hondureño; 1209 y 1210 C. peruano; 1580 y 1582 C. ecuatoriano; 896 del Esboço de T. de Freitas; 160 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 271 del C. Civil de la República de China; 1119 y 1120 del Anteproyecto de Bibiloni y 645 del Proyecto argentino de 1936, y lo que acerca de los arts. 667 y 668 del C. argentino explicamos bajo los Nºs 620 y 622 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 994. — Las obligaciones divisibles, cuando hay un solo deudor y un solo acreedor, deben cumplirse como si fuesen obligaciones indivisibles. En este caso el acreedor no puede ser obligado a recibir pagos parciales, ni el deudor a hacerlos.

Ver: arts. 673 del C. argentino; 975 del Esboço de T. de Freitas; 889 C. brasileño; 1220 primer parágrafo C. francés; 1415 C. austriaco; 1149 C. español; 69 C. federal suizo de las Obligaciones; 266 C. alemán; 1378 C. uruguayo; 1252 primer parágrafo C. venezolano; 809 C. boliviano; 2107 parág. 1º C. de Luisiana; 1959 C. nicaraguense; 1414 C. hondureño; y lo que acerca del art. 673 del C. argentino explicamos bajo el Nº 804 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 995. — En las obligaciones simplemente mancomunadas, el crédito o la deuda se divide en tantas partes iguales como deudores o acreedores haya, si el título constitutivo de la obligación no ha establecido partes desiguales entre los interesados. Las partes de los diversos acreedores o deudores se consideran como que constituyen otros tantos créditos o deudas distintos los unos de los otros. Las partes constituyen obligaciones distintas e independientes entre sí. Los deudores no responden de la insolvencia de los demás. Los acreedores no tienen derecho sino a su parte.

Ver: arts. 691 del C. argentino; 1314 C. italiano; 890 C. brasileño; 420 C. alemán; 888 y 889 C. austriaco; 1226 parág. 1º C. chileno; 1379 C. uruguayo; 1137 y 1138 C. español; 2075 y 2081 C. de Luisiana; 1985 C. mexicano; 1583 C. colombiano; 1582 C. ecuatoriano; 1960 C. nicaraguense; 1400 C. hondureño; 1210 C. peruano; 976 del Esboço de T. de Freitas; 1124 del Anteproyecto de Bibiloni; 647 del Proyecto argentino de 1936; y lo que acerca del art. 691 del C. argentino explicamos bajo los Nºs. 816 y 818 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 996. — Las obligaciones de dar son divisibles cuando tienen por objeto entregas de suma de dinero o de otras cantidades, o cuando teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie que sea igual al número de acreedores o deudores, o a su múltiplo.

Ver: arts. 669 C. argentino; 973 inc. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1955 C. nicaraguense; 1416 argumento a contrario del parág. 1º C. hondureño; y lo que acerca del art. 669 del C. argentino explicamos bajo el Nº 807 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 997. — Las obligaciones de hacer son divisibles cuando tienen por objeto la prestación de hechos, determinados solamente por un cierto número de días de trabajo, o cuando consisten en un trabajo dado, según determinadas medidas expresadas en el título de la obligación, como la construcción de un muro, estipulada por metros; pero cuando la construcción de una obra no es por medida, la obligación es indivisible.

Ver: arts 670 C. argentino; 974 del Esboço de T. de Freitas; 1122 del Anteproyecto de Bibiloni; 646 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1956 C. nicaraguense; 1416 parág. 2º del C. hondureño y lo que bajo el Nº 809 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 998. — En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad de la prestación se decide por el carácter natural de ella, en cada caso particular.

Ver: art. 671 C. argentino; 1218 C. francés; 1333 C. holandés; 2105 C. de Luisiana; 1957 C. niceraguense;

1416 parág. 3º C. hondureño; 1123 del Anteproyecto de Bibiloni; 646 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936 y lo que explicamos bajo el Nº, 810 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 999. — Las obligaciones alternativas que tienen por objeto prestaciones de naturaleza opuesta, no son consideradas como divisibles o indivisibles sino después de la opción del acreedor, o del deudor con conocimiento del acreedor.

Ver: art. 672 del C. argentino; 970 del Esboço de T. de Freitas; 1958 C. nicaraguense; omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936. Ver lo que acerca del art. 672 del C. argentino explicamos bajo el Nº 992 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 1000. — Cuando alguno de los deudores, o de su heredero tuviera a su cargo el pago de toda la prestación divisible, en virtud del acto constitutivo de la obligación, o por haberse mandado así en el testamento, o en la partición de la herencia, no se entenderá, en caso de duda, que existe solidaridad. El acreedor, en tal caso, podrá exigir el cumplimiento total de la prestación al encargado del pago, sin perjuicio de los derechos de uno y otro respecto de los codeudores o coherederos.

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

Ver: arts. 676 C. argentino; 977 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 1526 inc. 4º C. chileno; 1381 inc. 2º C. uruguayo; 1583 inc. 4º C. colombiano; 1582 inc. 4º C. ecuatoriano; 1962 C. nicaraguense; 676 inc. 2º C. costarricense y lo que acerca del art. 676 del C. argentino explicamos bajo los Nºs. 817 y 944 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 1001. — Cuando en la obligación divisible se hubiere estipulado una cláusula penal, no incurrirá en la pena sino el codeudor que contraviniere a la obligación, y solamente por la parte que en ella le corresponde, si la pena fuere divisible.

Ver: arts. 661 y 662 del C. argentino; 1126 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936; 999 y 1000 del Esboço de T. de Freitas y lo que acerca de los arts. 661 y 662 explicamos bajo el Nº 471 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO IX

De las obligaciones indivisibles

Art. 1002. — Si habiendo dos o más deudores, la prestación no fuere divisible, o si por esta causa o por el modo en que ha sido considerado por las partes cada obligado fuere impedido de satisfacer su deuda por la entrega de su respectiva cuota, cada uno será obligado por la deuda íntegra.

El codeudor que paga la deuda indivisible, se subroga en el derecho del acreedor en relación a sus otros coobligados.

Ver: art. 891 del C. brasileño; 1222, 1223 y 1251 parág. 3º C. francés; 1316 C. italiano; 421 C. alemán; 890 parág. 1º C. austriaco; 70 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2109 C. de Luisiana; 1527 y 1528, C. chileno; 1384 y 1385 C. uruguayo; 814 C. boliviano; 1254 C. venezolano; 2007 y 2007 C. mexicano; 676 C. costarricense; 1584 y 1585 C. colombiano; 1583 y 1584 C. ecuatoriano; 1962 C. nicaraguense; 1415 C. hondureño; 1202 C. peruano; 896 del Esboco de T. de Freitas y lo que acerca de la indivisibilidad explicamos bajo los Nºs. 920 y 924 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Ni el C. argentino, ni el Anteproyecto de Bibiloni, ni el Proyecto argentino de 1936, definen el concepto de la indivisibilidad, como si a caracterizarla bastara la noción objetiva de la prestación y fuese indiferente el concurso plural de sujetos pasivos en la relación obligatoria. Tal es la razón por la cual optamos, esta vez por el art. 891 del C. brasileño, claro y didáctico, como es. En esta materia, la indivisibilidad de la obligación no proviene tanto de la naturaleza indivisible de la prestación, como del concurso plural de sujetos activos o pasivos de la relación obligatoria de una prestación que ni puede cumplirse por partes, sin destruirse, pues, como lo preceptúa nuestro art. 994, si sólo existe un deudor y un acreedor, aún la prestación divisible debe cumplirse como si fuese indivisible.

Art. 1003. — Si la pluralidad fuese de acreedores, podrá cada uno de éstos exigir la deuda íntegra. Mas el deudor o los deudores se desobligarán por el pago hecho:

1º a todos conjuntamente,

2º a uno de ellos, si diere caución de ratificación de los otros acreedores.

Ver: arts. 892 C. brasileño; 1319 C. italiano; 890 segunda parte C. austriaco; 1255 C. venezolano; 1224 C. francés; 432 C. alemán; 1532 C. chileno; 815 C. boliviano; 1385 C. uruguayo; 686 C. argentino; 1589 C. colombiano; 1587 C. ecuatoriano; 1978 y 1979 C. nicaraguense; 665 C costarricense; 2007 C. mexicano; 1203 C. peruano; 986 del Esboço de T. de Freitas; 163 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 5 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 70 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1128 del Anteproyecto de Bibiloni; 650 del Proyecto argentino de 1936, y lo que bajo el Nº 922 de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos explicado el art. 686 del C. argentino.

Art. 1004. — Si uno solo de los acreedores recibiere la prestación íntegra, a cada uno de los otros asistirá el derecho de exigir de él en dinero la parte que le corresponde en el total.

Ver: arts. 893 C. brasileño; 689 C. argentino; aplicable por analogía. El art. 1317 del C. italiano preceptúa que las obligaciones indivisibles son reguladas por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto sean aplicables, salvo lo dispuesto en sus arts. 1318 a 1320.
Como el objeto de la prestación no es divisible, decide nuestro artículo, a igual que su modelo, el 893 del C. brasileño, que recibido que sea por uno de los acreedores y determinado su valor, el que lo recibió compra a los otros sus partes respectivas, determinadas en el título.
Si no hubiere títulos, o si nada se hubiese prevenido sobre la división del crédito, juzga Bevilaqua que debe atenderse a la causa de haberse contraído la obligación conjuntamente, a las relaciones de los interesados entre sí, y a las circunstancias de cada uno de los casos, como está dispuesto por el inc. 2º del art. 689 del C. argentino. Si aun así no fuese posible reglar las relaciones de las partes, se entenderá que son interesados en partes iguales. (ver Bevilaqua, opus cit. t. IV, pág. 39).

Art. 1005. — Sólo por consentimiento de todos los acreedores puede hacerse dación en pago, novación, traspaso de la deuda, remisión de la obligación indivisible, transacción, compensación y confusión.

Si en contravención a lo preceptuado en el parágrafo precedente uno de los acreedores, sin la conformidad de sus coacreedores, llevare a cabo los mencionados actos, la obligación no quedará extinguida respecto de éstos, quienes podrán exigirla, descontada la cuota del acreedor que estipuló la dación en pago, hizo la novación o el traspaso de la deuda, o remitió la deuda, o consintió la transacción, admitió la compensación o confusión.

Ver: sobre el parágrafo 1º, el art. 687 C. argentino; 1224 C. francés; 1320 C. italiano; 1255 parág. 2º C. venezolano; 1532 C. chileno; 1385 C. uruguayo; 2007 parág. 2º C. mexicano; 665 y 666 C. costarricense; 1204 y 1206 C. peruano; 1589 C. colombiano; 1588 C. ecuatoriano; 1979 C. nicaraguense; 2111 C. de Luisiana; 986 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas y lo que acerca del art. 687 del C. argentino dejamos explicado bajo el Nº 925 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Sobre el parágrafo 2º de nuestro artículo, ver art. 894 C. brasileño, referido a solo la remisión, la transacción, la novación, compensación o confusión, y el in fine del art. 1320 del C. italiano que agrega la dación en pago, como el art. 1131 del Anteproyecto de Bibiloni, y el art. 653 del Proyecto argentino de 1936.
Bibiloni excluye la compensación porque no procede en los casos de cuerpo cierto, y la confusión porque no se produce fuera de la hipótesis de nuestro artículo. (ver su apostilla al art. 1131 de su Anteproyecto, t. II, pág. 6).
Verdad es que la compensación que tiene lugar legis ope excluye la de cuerpo cierto, pero nada impide que se verifique por acuerdo de las partes. Uno de los herederos del acreedor, deudor de una suma de dinero equivalente al valor del cuerpo cierto, objeto de la prestación indivisible, conviene con el deudor de esta cosa en compensar ambos valores y dar por extinguida su obligación.
Otro tanto cabe decir de la confusión, si uno de los herederos del acreedor de la cosa indivisible sucede por causa de muerte al deudor de esta prestación y reune en su persona la calidad de acreedor y de deudor, aunque no sea heredero único.

Art. 1006. — La mora de uno de los deudores no constituye en mora a los demás. Si la prestación se hubiere hecho imposible por culpa de uno de los deudores o durante su mora, quedan liberados todos los demás. Tampoco responden de los deterioros causados por el hecho de ellos.

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

Ver: arts. 1129 del Anteproyecto de Bibiloni; 651 del Proyecto argentino de 1936; y autores citados por aquél en su apostilla, y art. 685 C. argentino.

Art. 1007. — El deudor culpable de la pérdida de la cosa debida responderá de la indemnización de daños y perjuicio. Si hubiere culpa de todos los deudores, responderán todos por partes iguales.

Resolviéndose la obligación en la de indemnizar daños y perjuicios, perderá ella su caráter de indivisible.

Ver arts. 895 C. brasileño. Sin antecedente en otros códigos, salvo la nota al de Vélez Sarsfield al art. 586 del C. argentino, y el art. 1130 del Anteproyecto de Bibiloni y el 652 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1008. — Las obligaciones indivisibles son regidas por las normas relativas a las obligaciones solidarias, en cuanto les sean aplicables.

Ver: art. 1316 C. italiano; 1132 del Anteproyecto de Bibiloni; 689 del C. argentino; 654 del Proyecto argentino de 1936; 980 del Esboço de T. de Freitas y 431 del C. alemán.

Art. 1009. — Son indivisibles las obligaciones:

1º) de un cuerpo cierto;

2º) las de hacer, excepto las comprendidas en el art. 997;

3º) las que tienen por objeto la creación de una servidumbre predial.

Si el objeto que constituye la prestación es común a dos o más personas, la obligación indivisible no puede constituirse sin el consentimiento de todas ellas.

Ver: arts. 679, 680, 683 y 684 del C. argentino; 984 incisos 1º, 2º, del Esboço deT. de Freitas; 1127 del Anteproyecto de Bibiloni; 649 del Proyecto argentino de 1936 y lo que acerca de los arts. 679, 680, 683 y 684 explicamos bajo los Nºs 942, 935, 933, y 947 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

CAPITULO X

De las obligaciones disyuntivas

Art. 1010. — Si por el sentido de la oración y por las circunstancias de ser una sola la prestación se constituyere la obligación con alternativa, activa o pasivamente, de los sujetos de la relación, cada uno de éstos será considerado como deudor o acreedor único, y el pago hecho por cualquiera de los deudores a cualquiera de los acreedores extinguirá la deuda.

Para que la obligación sea tal deberán los deudores o acreedores estar separados en el título por la partícula disyuntiva "O".

Sin antecedentes en los otros códigos. Ver lo que acerca de esta clase de obligaciones explicamos bajo los Nºs 797 y 798 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y los autores allí citados. Ver igualmente el art. 1004 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1011. — Si por el sentido de la oración y por las circunstancias fuere dudosa la naturaleza de la obligación a pesar de la partícula disyuntiva "O" que separe a los sujetos en los actos de última voluntad, prevalecerá la intención del testador, sobre la expresión literal del título.

Art. 1012. — En el caso del artículo anterior, el pago será regido por las disposiciones relativas a la solidaridad, con las modificaciones siguientes:

1º) Los deudores en alternativa no podrán ser demandados conjuntamente, ni subsidiariamente el uno por el otro;

2º) Demandado uno de ellos, queda extinguida la obligación para los otros.

3º) Ninguno de los acreedores en alternativa tiene derecho a ser preferido a otro. La elección corresponde al deudor.

4º) Si los deudores en alternativa se negaren a hacer la elección, cualquiera de los acreedores podrá demandar la totalidad de la prestación, sin derecho para el otro a partir lo recibido, a menos de ser socios.

LIBRO SEGUNDO

TITULO III

DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

CAPITULO I

Disposiciones preliminares

Art. 1013. — Salvo disposición contraria de la ley, sólo por contrato celebrado entre dos o más interesados puede constituirse una relación obligatoria, o modificarse el contenido de otra anterior de igual naturaleza, nacida de actos jurídicos entre vivos.

Es perfecto el contrato consensual desde que las partes han manifestado de una manera concordante su recíproca voluntad acerca de los elementos esenciales del acto. Esta manifestación puede ser expresa o tácita.

Es perfecto, el contrato real desde que una de las partes haya hecho a la otra tradición de la cosa, objeto de la prestación a su cargo.

Puede también el contrato tener por objeto crear, resguardar, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial fuera de toda obligación de prestar.

Ver: arts. 305 C. alemán; 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 50 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 153 parág. 1º del C. Civil de la República de China; 1101 C. francés; 1321 C. italiano; 1754 C. de Luisiana; 641 C. portugués; 1254 C. español; 1137 C. argentino; 1438 C. chileno; 1247 C. uruguayo; 1133 C. venezolano; 1328 C. peruano; 1792 y 1793 C. mexicano; 1494 y 1495 C. colombiano; 1493 y 1494 C. ecuatoriano; 1830 C. nicaraguense; 1539 C. hondureño; 1007 C. costarricense; 1396 C. guatemalteco.

El presente Código no define el Contrato porque siendo éste uno de los actos jurídicos principales y más frecuentes en la vida de relación, su significado y naturaleza resultan con claridad expresados con lo estatuido en el art. 543. Por oposición al Código francés y sus imitaciones que definen el contrato; los modernos lo omiten, tales como el alemán, el brasileño, el C. Federal suizo de las obligaciones, el C. de las Obligaciones de la República de Polonia; el C. Civil de la República de China, y el C. peruano.

El parágrafo 1º de nuestro artículo es trasiego casi literal del art. 305 del C. alemán, concebido, como afirmación del principio según el cual se excluye el compromiso unilateral como modo de derecho común de formación de las obligaciones nacidas del acto jurídico, salvo que excepcionalmente lo admita la ley. (Saleilles, **Etude sur la Theorie Générale de L'Obligation d'aprés Le Premier Projet de Code Civil pour L'Empire Allemand**, Nº 142, pág. 149, y la apostilla de Bufnoir, Challamel, Drioux, etc., al art. 305 de su versión francesa de dicho Código, t. I, pág. 429).

Por temor a las interpretaciones abusivas que condujesen a sancionar verdaderas donaciones por acto puramente unilateral, los compiladores del C. alemán alimentaron el proyecto de enumerar los casos excepcionales de derogación del art. 305, como por ejemplo la renuncia a una excepción, el abandono de un derecho real sobre la cosa de otro, pero la idea fue abandonada y relegada a la apreciación de la doctrina. Viene de aquí que no se admita la aplicación analógica de los arts. 875 y 876 del citado Código.

Agregamos al texto del art. 305 del C. alemán que su contenido se refiere a las relaciones obligatorias **"nacidas de actos jurídicos entre vivos"** a sugestión del art. 1289 del Anteproyecto de Bibiloni, porque la verdad es que no sería posible modificar o extinguir por actos entre vivos relaciones jurídicas nacidas de un acto de última voluntad.

El parágrafo 2º de nuestro artículo, reproduce, con pequeñas modificaciones, lo estatuido en el art. 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones. La locución: **"acerca de los elementos esenciales del acto"**, traida del parág. 2º del art. 153 del C. Civil de la República de China —obra legislativa de gran valor— lleva implícita la idea de que el contrato es igualmente perfecto aun cuando las partes omitieran expresar su voluntad respecto de los puntos no esenciales si su acuerdo ha recaído sobre los elementos esenciales del contrato, lo cual es conforme con el principio del art. 1198 del C. argentino, según el cual **"Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos"**.

La aclaración siguiente de que la manifestación de voluntad de los contratantes puede ser expresa o tácita, no es ninguna novedad, estando, como está admitida por el art. 1145 del C. argentino.

La referencia a la perfección del contrato real por la tradición podría parecer ociosa, desde que en su oportunidad se disciplinarán el mútuo, el comodato, el contrato de depósito y la constitución de prenda y de anticresis, pero era necesario contemplarla paralelamente a la perfección de los contratos consensua-

les, como lo auspicia Bibiloni en el art. 1291 de su Anteproyecto y la Comisión de Reformas del Código en el art. 789 del Proyecto de 1936.
El in fine de nuestro artículo procede del parág. 2º del art. 50 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia. Para que el acto revista calidad de contrato bastará la reunión de sus elementos esenciales: capacidad, consentimiento y objeto lícito, y que la intención implícita en el consentimiento mire a la modificación, protección o extinción de una relación jurídica patrimonial exenta de la obligación de prestar.

Art. 1014. — Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato dentro de los límites impuestos por la ley, y concluir contratos que no pertenezcan a los tipos sujetos a una disciplina particular, con tal que vayan dirigidos a realizar intereses merecedores de tutela según el ordenamiento jurídico.

Ver: arts. 1322 C. Italiano; 1292 del Anteproyeto de Bibiloni; 790 del Proyecto argentino de 1936; 1142 del C. argentino y nota de Vélez Sarsfiel sobre los contratos inominados, sus efectos y normas por las cuales se rigen; 1898 del Esboço de T. de Freitas; y lo que acerca de la teoría volitiva y la teoría de la declaración explicamos bajo los Nos. 300 a 312 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Nuestro artículo consagra el principio de la autonomía de la voluntad dentro de los límites establecidos por la ley, lo que es conforme con el de la libertad civil según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohibe. La persona, sujeto de derechos y obligaciones, goza, en virtud de su capacidad de obrar, de todos los derechos que no les fueren prohibidos, como lo preceptúa el art. VIII de este Código, en los límites del los arts. XII y XIII del Título Preliminar.
Bien dice Demogue que: "La razón profunda del valor jurídico de la voluntad es la estimación feliz de los intereses que ella debe contener cuando ella es ejercida en condiciones normales. Debe, por consiguiente privarse (más o menos enérgicamente) de valor jurídico a la voluntad que actúa en condiciones anormales. A esto provee la teoría de la capacidad al ocuparse de la anormalidad permanente del espíritu. La voluntad del enajenado mental, del menor, del pródigo, no tiene sino un valor jurídico debilitado cuando no nulo.
"Mas cuando la anormalidad se da en relación a un acto determinado, la ley se ocupa de ella por la teoría de los vicios del consentimiento.
"Por el contrario, la voluntad normalmente manifestada tiene todo su valor jurídico. En esto consiste el **principio de la autonomía de la voluntad**, cuyas consecuencias más importantes son:
"1º) Los particulares pueden celebrar entre sí todos los actos jurídicos, regirlos a voluntad e inventar nuevos por combinaciones inéditas. Las convenciones son libres, sin otra limitación que el orden público.
"2º) Los efectos de las obligaciones son los que las partes han querido, salvo las reservas propias del orden público.
"3º) Lo esencial es la voluntad interna; su manifestación no es sino su ropaje.
4º) La misión del juez sólo consiste en investigar la intención presunta del autor del acto. Por otra parte y de modo general, el juez no quiere nada ni decide nada personalmente. Investiga; él la voluntad de los particulares, la reconstruye, la desarrolla en sus consecuencias lógicas en relación a los hechos producidos. El Estado confiere ejecutoriedad a su apreciación.
5º) Las obligaciones no se modifican sino por voluntad, expresa o tácita, de las partes, desde el nacimiento de la obligación, o por un nuevo acuerdo de ellas.
6º) Las obligaciones no se extinguen sino por voluntad de las partes, en la medida en que ellas lo han querido." (Ver autor cit: Traité Des Obligations, t. 1, Nº 27, pág. 81).
La libertad contractual así concebida permite a los particulares celebrar no sólo los contratos nominados de este Código, sino también los inominados, con la advertencia de que los del derecho moderno no son de la misma naturaleza que los del Derecho romano: do ut des; do ut facias; facio ut des; y facio ut facias, los cuales eran unilaterales, al paso que los del Derecho moderno son sinalagmáticos, como la compraventa y la permuta, en los que las partes se dan una cosa por otra; el mandato, en que las partes hacen alguna cosa en beneficio recíproco; la locación de servicios; en que el uno hace y el otro da alguna cosa; y la donación, en que sólo uno da o hace sin que el otro de o haga, nada, como lo explicamos bajo los Nos. 380 y 381 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Contrato inominado sería el del ejemplo de Durantón, trasladado por Vélez Sarsfield en su nota al art. 1143 del C. argentino, al que remitimos al lector.
De las restricciones de la libertad contractual nos ocuparemos a propósito del artículo siguiente: Bien ha dicho Ihering que la libertad es limitación, restricción.

Art. 1015. — Las únicas convenciones que los particulares no pueden celebrar son las excluídas por una regla de derecho estricto, o contrarias a las buenas costumbres, al orden público y a los inherentes a la personalidad.

Ver: art. 19 segunda parte del C. Federal suizo de las Obligaciones.
Las limitaciones a la autonomía de la voluntad en el contrato a que el presente artículo se refiere, son sólo los que la propia ley civil establuye en el ámbito de las relaciones esencialmente privadas, con mira a la protección de los intereses también privados, dignos de ser tutelados por ella, exclusión hecha de las restricciones impuestas por un interés social o público, o por la interferencia del Estado en la contratación en nombre de ese mismo interés, disciplinadas por el Derecho público. Limitaciones tales de la soberanía del contrato son ajenas a la economía de la ley civil, salvo aquellas que por, la evolución del Derecho, deben contemplarse en relación a la formación del contrato, su interpretación, su ejecución y otros temas de estricta técnica legislativa, sugeridas por la doctrina y la jurisprudencia.
Es así como el art. 19 segunda parte del C. Federal suizo de las Obligaciones, modelo de nuestro art. 1015, se aplica a la protección legal de los atributos de la personalidad humana, cuya inviolabilidad garantiza el art. 27, del C. Civil suizo en estos términos: "Nadie puede, aun parcialmente, renunciar al goce o al ejercicio de los derechos civiles. Nadie puede enajenar su libertad, ni prohibirse su uso en una medida contraria a las leyes y las costumbres". En consecuencia, se reputa nulo todo contrato que suprime o restringe la capacidad civil de un individuo o traba su libertad de acción en una medida que ofenda a la opinión general. Los arts. 543 y 544 del presente Código protegen en igual medida los atributos de la personalidad humana.
Por aplicación del mismo principio, sería igualmente nula la cláusula contractual que autorizase al acreedor pignoraticio a apropiarse de la prenda por falta de pago; la convención por la cual se dejase la prestación de una de las partes a la apreciación arbitraria de la otra; la que prohibiese a una persona el ejercicio de su profesión, de una manera tan extensa, en el tiempo y el espacio, de suerte que por una renuncia así tan absoluta se aniquilase su personalidad económica; la que estipulase la prohibición ilimitada de una concurrencia en el ejercicio de una profesión, o fabricación de un producto, etc. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. 1, pág. 54 y ss.).

Art. 1016. — Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial.

Ver: arts. 1324 C. italiano; sin antecedente ni en el C. francés, ni en los otros estructurados a su imitación. Aunque falta disposición legal rectora de los efectos de la voluntad unilateral, la doctrina civil moderna ha destacado las formas en que la voluntad unilateral se manifiesta: la promesa pública de recompensa (Auslobung, del Derecho alemán); la fundación, los títulos al portador; la estipulación a favor de tercero; la gestión de negocios; el enriquecimiento sin causa; las disposiciones testamentarias; la aceptación de una herencia o de un legado, tal como lo hemos explicado bajo los Nos 317 a 323 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
A estas figuras se agregan, los casos especiales, como la renuncia al derecho de apelar o a prescripciones adquiridas; al desistimiento de una acción; el mandato; la emisión de títulos de crédito, etc.
Hasta aquí la doctrina sostuvo siempre que en todos estos casos la voluntad humana no era una fuente autónoma de efectos jurídicos, sino un hecho al cual la ley confiere o reconoce efectos jurídicos.
Mas, desde la sanción del Código alemán se ha dado carta de ciudadanía en Derecho civil a los negocios jurídicos unilaterales y a los actos unilaterales, no como casos excepcionales, sino como figuras jurídicas generales que obrando, como enseña Colagrosso, con amplia fuerza expansiva y al mismo nivel del contrato, remueven dificultades teóricas e inconvenientes prácticos.
En efecto, los arts. 657 y 793 del C. alemán estatuyen sobre la promesa pública de recompensa y los títulos al portador, respectivamente. A su imitación, el art. 8 del C. Federal suizo de las Obligaciones sanciona, la promesa pública de recompensa con la obligación de pagarla. Así también lo estatuye el art. 1512 del C. brasileño, siquiera con mucha anticipación lo hubiese contemplado el art. 2701 del Esboço de T. de Freitas. El art. 1506 del C. brasileño sanciona la obligación del emisor de un título al portador con la obligación de pagarlo, aun cuando el título haya entrado en circulación contra su voluntad, tal como así también lo estatuye el art. 796 del C. alemán.
El art. 1987 del C. italiano de 1942 confiere por contenido de la promesa unilateral una prestación y por efecto su pronta ejecución por el prometiente. En igual medida, su art. 1992 confiere al poseedor de un título de crédito al portador el derecho a la prestación indicada en el título contra la presentación de éste. Siendo así, como lo es, nuestro art. 1016 trasegado del art. 1324 del C. italiano de 1942, no es ninguna novedad legislativa.

CAPITULO II

De los requisitos del contrato

Art. 1017. — Son requisitos esenciales del contrato:
1) El consentimiento o acuerdo de las partes.
2) El objeto.
3) La forma, cuando resultara prescripta por la ley bajo pena de nulidad

Ver: arts. 1325 C. italiano; 1108 C. francés; 1261 C. español; 643 C. portugués; 1356 C. holandés; 1772 C. de Luisiana; 1794 C. mexicano; 1141 C. venezolano; 1261 C. uruguayo; 627 C. costarricense; 1406 C. guatemalteco; 1832 C. nicaragüense; 1552 C. hondureño; 699 C. boliviano.
Omitimos el elemento "causa" del art. 1108 del C. francés y de sus imitaciones, porque para este código, la causa de deber está incluída en el consentimiento como intención motivada del agente, tal como lo explicamos bajo los Nos 202 a 218 y bajo el Nº 391 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Los arts. 500, 501 y 502 del C. argentino, como trasegos que son de los arts. 1131 y ss., del C. francés, proceden de la desacreditada concepción objetiva de la causa de las obligaciones contractuales de Domat y de Pothier, actualmente abandonada por la propia jurisprudencia francesa; y además; están desubicados allí donde Vélez Sarsfield los situó como requisito de validez de las obligaciones en general, cuando harto se sabe que la noción de causa es inaplicable a las obligaciones extracontractuales, razón por la cual Dabin negó dignidad de teoría a la doctrina de Domat y de Pothier.
Explícase así, que, ni el C. brasileño, ni el Anteproecyto de Bibiloni, ni el Proyecto argentino de 1936, se ocupen de la causa, como requisito de validez de las obligaciones contractuales, y menos del contrato.
No menciona el presente artículo el requisito de la capacidad del art. 1108 del C. francés, porque el consentimiento válido lo supone.

CAPITULO III

Del consentimiento o acuerdo de las partes

Art. 1018. — El consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y por aceptación de la otra. Se lo presume por el recibo voluntario de la cosa ofrecida o pedida; o porque quien haya de manifestar su aceptación hiciere lo que en caso contrario no hubiere he-

cho, o dejare de hacer lo que habría hecho si su intención fuere la de rechazar la propuesta.

Ver: arts. 1144 y 1145 C. argentino; 1293 y 1294 del Anteproyecto de Bibiloni; 791 del Proyecto argentino de 1936; 1833 inc. 2º y 1843 incs. 1º y 3º del Esboço de T. de Freitas; 1791 y 1792 C. de Luisiana; 1108 parág. 1º C. francés; 647, 648 C. portugués; 1262 parág. 1º C. español; 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1262 C. uruguayo; 1803 C. mexicano; 1008 y 1009 C. costarricense; 1553 C. hondureño; 1326 parag. 1º C. italiano; 2º parág. 1º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 61 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 153 del C. Civil de la República de China.

No es posible negar que el presente artículo, trasegado de los 1144 y 1145 del C. argentino, se resiente de su carácter doctrinal, tanto que no se lo registra en idénticos términos en los otros códigos.

La oferta, dice de Ruggiero, es un acto unilateral que tiende a convertirse en uno de los elementos del contrato que está en vías de formación, pero que no lo es en tanto no sea aceptado. Sin embargo, aun antes de este momento, la oferta produce efectos jurídicos y da lugar a un vínculo de quien la emitió con respecto al destinatario. Puesto que llegado que haya a este último, implica para él la facultad de apropiarse su contenido, y de aceptarlo dando vida al contrato, el oferente, desde este instante queda vinculado hasta que el destinatario la acepte expresa o implícitamente emprendiendo su ejecución. Y en otra parte agrega: "La adhesión que el destinatario hace a la propuesta de un modo expreso mediante una declaración de voluntad o tácitamente exteriorizando con actos idóneos su asentimiento, emprendiendo sin más la ejecución del contrato, constituye una aceptación de la oferta. Y como ésta debe dirigirse a la persona del destinatario, así también la declaración de aceptación debe ser hecha al oferente en forma que coincida exactamente con la propuesta. No daría vida al contrato la aceptación que el destinatario hiciere de una propuesta limitando o modificando ésta; toda variación o reserva que en la misma se hiciere, la transformaría en una nueva proposición de contrato que dirigida al primer proponente, podría generar un vínculo contractual si éste, a su vez, la aceptase pura y simplemente ver autor y opus cits. t. II—volumen I, pág. 281 y ss.; Pacchioni, **Dei Contratti in Generale**, vol. II, pág. 59 y ss.; Planiol, **Traité Elementaire**, t. II, Nºs 945, pág. 326; Nº 963, pág. 333; y Nº 969, pág. 335, 9ª edición).

Art. 1019. — Entre personas ausentes, el consentimiento podrá manifestarse por medio de agentes o por correspondencia epistolar o telegráfica.

Ver: arts. 1147 C. argentino; 1838 parág. 5º del Esboço de T. de Freitas; 1295 del Anteproyecto de Bibiloni; 792 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1020. — Cuando la oferta emane de distintas personas, o fuere dirigida a varios interesados, no habrá contrato sin el consentimiento de todos los que sean partes principales o subsidiarias, a menos que lo contrario resulte de las circunstancia.

Ver: art. 1296 del Anteproyecto de Bibiloni y 793 del Proyecto argentino de 1936. Aun creyendo con Bibiloni que este precepto es, por obvio, punto menos que supérfluo, lo trasegamos a este Código en nuestro deseo de mantenerlo en el mismo nivel de la legislación de una nación vecina a la que por razones de geografía, de intercambio comercial, común idioma y cultura, nos hallamos tan estrechamente relacionados. Los "varios interesados" que dice el artículo se darán en la relación contractual a condición de que, por su asociación, no hayan perdido la independencia y separación de su personlidad jurídica, o sin estar asociados, que por ser comuneros de un patrimonio conyugal, o condóminos de un bien raíz, estuviesen sometidos al concurso de una voluntad mayoritaria, capaz de concertar el acuerdo.

Art. 1021. — La propuesta de contrato obliga al proponente, si lo contrario no resultare de los términos de su oferta, de la naturaleza del negocio, o de las circunstancias del caso.

Ver: arts. 1080 C. brasileño; 145 C. alemán; 653 C. portugués; 794 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936. Este principio es contrario al consagrado por la legislación civil de los pueblos latinos, según el cual la oferta puede ser retractada mientras no sea aceptada, como lo estatuyen los arts. 1150 del C. argentino, 1794 C. de Luisiana; 1137 parág. 4º del C. venezolano; 1265 parág. 2º C. uruguayo; 1262 parág. 2º C. español; 1010 C. costarricense; etc.

Nuestro art. 1021 consagra el principio del Derecho moderno según el cual la oferta de contrato es obligatoria por sí misma, o sea que es irrevocable al menos por un cierto tiempo (arts. 147 a 149 C. alemán). Siendo así, se debe presumir la permanencia de la voluntad jurídica declarada, cuando la declaración ha sido dirigida a un tercero. Quiere esto decir que aun prevenido el tercero antes de la emisión de su aceptación, la revocación sería inoperante.

Para que la oferta quede revocada sería menester que la revocación haya llegado a conocimiento del tercero antes o al mismo tiempo de la oferta. Así, si la propuesta de contrato se hace por carta y la revocación por telegrama, recibido inmediatamente después, la revocación sería tardía. Para que la revocación tenga lugar sería menester que ella llegase primero que la oferta a conocimiento de su destinatario.

Fuera de esta última hipótesis la irrevocabilidad de la oferta puede ser excluida por el propio proponente y esta exclusión puede resultar de una manifestación puramente tácita de la voluntad, si habiéndose reservado el proponente el derecho de revocación, llegase ésta a conocimiento del destinatario antes que él haya enviado su aceptación. (ver Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y otros en su versión francesa del C. alemán, t. I, pág. 165 a 169).

El carácter obligatorio de la oferta, dice Bevilaqua, es hoy universalmente reconocido. Mas es necesario afirmar cuándo hay realmente propuesta. La hay cuando ella se refiere a los puntos esenciales del contrato, y el proponente no se reservó el derecho de revocarla al recibir su aceptación, de modo que dada su aceptación, el contrato quede formado (ver autor y opus cits. t. IV, pág. 242).

Ocioso es que la oferta debe por su contenido prestarse al acuerdo sobre el objeto y las condiciones esenciales del eventual contrato, como las cláusulas accesorias que el oferente desea introducir en él, tales como la cosa, su precio y modo de pago si se tratara de la compraventa, porque sólo así aceptada que sea ella, habría uniformidad de opiniones por la adhesión de ambas partes al acto de tal suerte preparado. Habría contrato! (Esmein, in Planiol y Ripert, Traité Pratique, t. VI, Nº 94, pág. 115).

Con estos antecedentes se explicará por qué nos apartamos del art. 1299 del Anteproyecto de Bibiloni, según

el cual: "Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada. El hecho sólo del establecimiento de un plazo para efectuar la aceptación, no importará renuncia.
"Mediando renuncia, quedará sin efecto la oferta si llegase su retiro a poder de la persona a quien se ha hecho, antes, o al mismo tiempo que ella. En el caso contrario, la aceptación concluirá el contrato propuesto".
Tampoco la Comisión argentina de Reformas del Código trasegó este artículo al Proyecto de 1936, porque reproduciéndose por su parágrafo primero el ya caduco principio de la revocabilidad de la oferta en tanto no sea aceptada del art. 1150 del C. argentino, y consagrándose implícitamente por su parágrafo segundo el principio contrario de la obligatoriedad de la oferta por sí misma, la antinomia de ambos incisos es evidente, sin que haya manera de conciliarlos.

Art. 1022. — La oferta hecha a una persona presente deberá ser inmediatamente aceptada. Esta regla se aplicará especialmente a la oferta hecha de persona a persona por medio del teléfono.

La oferta hecha sin plazo a una persona ausente deja de ser obligatoria si hubiere transcurrido tiempo suficiente para que su respuesta llegue a conocimiento del oferente, en circunstancias normales.

Ver: arts. 147 C. alemán; 4 y 5 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1081 inc. I) y II) del C. brasileño; 862 C. austriaco; 650 y 652 C. portugués; 1805 y 1806 C. mexicano; 1151 C. argentino; 1853 del Esboço de T. de Freitas; 63 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 156 y 157 del C. Civil de la República de China; 1300 y 1301 del Anteproyecto de Bibiloni y 796 inc. 3º y 4º del Proyecto argentino de 1936; 1330 inc. 1º y 2º C. peruano.

Art. 1023. — La oferta hecha a persona ausente dejará igualmente de ser obligatoria si habiendo el oferente fijado plazo para la aceptación, ésta fuese expedida vencido el plazo.

Ver: arts. 148 C. alemán; 3º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1081 inc. III) C. brasileño; 158 C. C. de la República de China; 1850 inc. 5º del Esboço de T. de Freitas; 63 in fine del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1302 del Anteproyecto de Bibiloni; 796 inc.3º del Proyecto argentino de 1936; y 1330 inc. 3º C. peruano.

Art. 1024. — La oferta se considera como no hecha si la retira el oferente y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta o al mismo tiempo que ella.

El destinatario de la oferta puede retractar su aceptación con tal que ésta llegue a poder del oferente conjuntamente con el aviso de aceptación, o antes de él.

Sobre el parágrafo 1º, ver art. 1081 inc. IV) C. brasileño; 145 in fine del C. alemán; 7º parág. 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1808 C. mexicano; y 1330 inc. 4º C. peruano; 1328 inc. 1º C. italiano. Sobre el parág. 2º, ver: art. 130 C. alemán; 1808 in fine C. mexicano; 1306 del Anteproyecto de Bibiloni; 803 del Proyecto argentino de 1936; 1085 C. brasileño; 9º C. Federal suizo de las Obligaciones; 163 C. Civil de la República de China; 1854 inc. 4º del Esbozo de T. de Freitas; 1155 C. argentino que así queda modificado; 1328 in fine C. italiano.

Art. 1025. — La oferta quedará sin efecto alguno si antes de la aceptación una de las partes falleciere, o perdiere su capacidad para contratar. estando expresamente limitada su fuerza obligatoria a la supervivencia del oferente ó de su capacidad de contratar.

Ver: arts. 1149 C. argentino; 1844 del Esboço de T. de Freitas; 1298 del Anteproyecto de Bibiloni; 796 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 1268 C. uruguayo.

Art. 1026. — Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, o se hubiere vuelto incapaz, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte o incapacidad, quedarán los herederos de aquél obligados a cumplir el contrato, salvo prueba en contrario.

Ver: arts. 1809 C. mexicano; 1014 C. costarricense; 1330 C. italiano; 153 C. alemán.
Dos son los sistemas legislativos sobre la transmisibilidad de la oferta a los herederos o sucesores por muerte o incapacidad del oferente:
1º) el de los pueblos latinos, fundado en la revocabilidad de la oferta mientras no haya sido aceptada, como lo estatuyen los arts. 1150 del C. argentino y 1328 parág. 1º del C. italiano, de donde deriva su lógica consecuencia de la intransmisibilidad de la oferta a los herederos o sucesores del fallecido o que se ha hecho incapaz, pues, se entiende que la oferta traduce un interés personal, salvo prueba en contrario. Y es así cómo por el art. 1330 del C. italiano se preceptúa que: "La propuesta o la aceptación, cuando fueren hechas por el empresario en el ejercicio de su empresa, no pierden su eficacia si el empresario muriese o se hiciese incapaz antes de la conclusión del contrato, salvo que se trate de pequeños empresarios o que otra cosa resulte de la naturaleza del negocio o de otras circunstancias".
Explicando este precepto dice Colagrosso, uno de los compiladores del Código de 1942, que dado que, en esta hipótesis, el negocio se identifica con la empresa, pasa con ésta a los herederos, normalmente puestos en condiciones de conocer la existencia de los negocios en trámite al tiempo de la muerte de su autor. Agrega que la norma de la transmisibilidad de la oferta hecha por el empresario presupone que ella no está subordinada a la existencia con vida del oferente. (ver autor y opus cit. Parte Generale, t. I, pág. 255).

2º) El del C. alemán, cuyo art. 145 —hoy adoptado por los códigos brasileño, peruano, mexicano, costarricense y por el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936, y finalmente por el presente Código— consagra el principio según el cual la propuesta de contrato obliga al proponente, y cuyo art. 130 parág. 2º estatuye que: "Para la eficacia de la declaración de voluntad, será indiferente que el declarante muera o pierda su capacidad de contratar después de haberla hecho", permiten que la oferta no caduque por la muerte del oferente o por su incapacidad sobreviniente, de tal suerte que ella conserve su fuerza obligatoria al tiempo de la aceptación hecha en la ignorancia de la muerte del proponente o de su incapacidad, salvo prueba en contrario.

La prueba en contrario que los herederos podrían producir sería la que evidenciase que su autor limitó la fuerza obligatoria de su oferta a su supervivencia hasta conocer la aceptación que perfecciona el contrato. Siendo libre el oferente de limitar así su voluntad de obligarse, la presunción de nuestro artículo 1026 es en favor del mantenimiento de la oferta, hasta la prueba en contrario.

También la prueba en contrario podría sacar su fuerza de las circunstancias o de la naturaleza del negocio, como por ejemplo si el difunto se hubiese obligado a pagar una suma dada a cambio de una prestación que sólo a él habría de beneficiarle, como ocurriría con los servicios profesionales de un médico o cirujano (Ver la glosa de Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y demás traductores franceses del Código alemán, t. I, pág. 182).

Art. 1027. — El que hubiera aceptado la oferta en la ignorancia de la retractación del proponente, su muerte o incapacidad sobreviniente, y que a consecuencia de su aceptación hubiere hecho de buena fe gastos, o sufrido pérdidas, o cualquier otro perjuicio, que no habría padecido si la oferta no se hubiera efectuado, tendrá derecho a reclamar la indemnización de ellos. Esta indemnización no podrá exceder del interés que el aceptante habría tenido si la oferta se hubiera realizado.

Ver: arts. 1156 C. argentino; 1307 del Anteproyecto de Bibiloni y su nota a este artículo; y 802 del Proyecto argentino de 1936; 1328 parág. 2º C. italiano.

Trátase de la aplicación de la teoría de la culpa in contrahendo expuesta por Ihering (In Oeuvres Choisies, t. II, págs. 3 a 100) y por Windscheid, in Diritto delle Pandette, t. II, parág. 307, pág. 186, con notas de Fadda y Bensa), uno de cuyos antecedentes legislativos es el art. 105 del Landrecht prusiano, según el cual: "Si (el oferente) ha omitido denunciar en tiempo útil la revocación (de su oferta), de acuerdo con lo permitido por la ley, y la otra parte ha declarado su aceptación en tiempo útil, debe aquél indemnizar los perjuicios que a éste haya causado en el intervalo de las dos disposiciones tomadas para la ejecución del contrato" (Ihering, opus cit. pág. 44).

Según nuestro autor, la diligencia contractual es requerida tanto en las relaciones contractuales en vías de formación, como en las relaciones ya establecidas. La inobservancia de esta diligencia da lugar, en uno y otro caso, a la acción contractual de daños e intereses. Ver especialmente el parág. 36 pág. 77 del volumen citado.

Art. 1028. — Cualquier modificación introducida en la oferta al aceptarla, importará la propuesta de un nuevo contrato.

Ver: arts. 1152 C. argentino; 1303 del Anteproyecto de Bibiloni y 799 del Proyecto argentino de 1936; 1326 in fine C. italiano.

Art. 1029. — Si la oferta fuere alternativa o comprendiere partes separables, la aceptación de cualquiera de ellas dará lugar a un contrato válido. Si aquéllas no pudieren dividirse, la conformidad respecto de una sola será considerada como la propuesta de un nuevo contrato.

Ver: arts. 1153 C. argentino; 1849 del Esboço de T. de Freitas; 1304 del Anteproyecto de Bibiloni; 800 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1030. — En las subastas, no queda concluído el contrato sino por la adjudicación. La propuesta desaparece si es cubierta por otra, o la subasta termina sin adjudicación.

Ver: arts. 156 C. alemán; 1308 del Anteproyecto de Bibiloni; 804 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1031. — La oferta al público, si contuviera los extremos esenciales del contrato a cuya conclusión va dirigida, vale como propuesta, salvo que otra cosa resulte de las circunstancias.

La revocación hecha en la misma forma de la oferta o en otra equivalente, es eficaz aun respecto de quien no haya tenido noticia de ella.

Ver: arts. 1336 C. italiano; sin antecedentes en los otros códigos.

Trátase de una figura nueva, concebida por la doctrina italiana, llamada oferta al público contentiva de todos los requisitos esenciales a la formación de un contrato determinado, y dirigida a una pluralidad indeterminada de personas, entre las cuales, mediante su aceptación, quedará identificada aquella que tendrá la titularidad del crédito. Género de oferta es ésta de frecuente aplicación en el tráfico, para la exposición y venta de mercaderías, que no debe confundirse con las tratativas o preliminares del contrato ni con la promesa de pública recompensa o antigua policitatio, caracterizado por el compromiso de una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación de hecho o de quien cumpla una prestación, tal como se la contempla en los arts. 657 del C. alemán; 8º parág. 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1989 C. italiano; 1512

del C. brasileño; 1817 del C. peruano; 164 parág. 1º del C. Civil de la República de China; 104 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2701 y 2702 del Esboço de T. de Freitas; 1778 y siguientes del Anteproyecto de Bibiloni; 1396 y sgts. del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1032. — En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe.

Ver: art. 1337 C. italiano. La buena fe que dicé este precepto consiste en la **lealtad recíproca de conducta**, ya estatuida por el art. 797 del presente Código, no sólo en la época ejecutiva del contrato, sino también en la precontractual o formativa del contrato, una de cuyas aplicaciones es la **culpa incontrahendo** de Ihering, según la cual debe el proponnete de un contrato garantizar a la otra haber comprobado que nada se opone a la perfección y validez del contrato. Viene de aquí por lógica consecuencia que si el contrato se anulase por causa imputable al proponente, tiene la otra parte que fió en su palabra sobre la validez de la obligación el derecho al resarcimiento del daño, derivado de la culpa in non faciendo del proponente.
Este daño no es representado por el **interés positivo** del contrato que no existe, sino por el **interés negativo contractual** (id quod eius interest contractum initum non fuisse) o sea la disminución patrimonial que la parte pudo no sufrir si no hubiera contratado (ver Colagrosso, opus cit. **Parte Generale**, t. I, Nº 228, pág. 261). Aplicación de la teoría de la culpa in contrahendo es lo dispuesto en el art. 1029 y lo preceptuado en el art. 525 del presente Código.

Art. 1033. — La parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte, será obligada a resarcir a ésta el daño que sufriese por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato.

Ver: arts. 1338 C. italiano; 122 y 307 C. alemán; 54 y 57 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; omitido en los otros códigos; incluso en el Anteproyecto de Bibiloni y el proyecto argentino de 1936.
El presente artículo es, como su fuente, el art. 122 del C. alemán, la aplicación de la teoría de la culpa in contrahendo de Ihering, cuyos fundamentos están sucintamente expuestos en la nota al artículo anterior. Y dado que el art. 1338 del C. italiano que copiamos, omite referirse al contenido patrimonial del resarcimiento del **interés negativo**, tal como lo expresa el art. 122 del C. alemán, juzgamos necesario establecerlo en el siguiente.

Art. 1034. — En el caso del artículo anterior, la indemnización no podrá exceder del importe del interés que la otra parte o el tercero tengan en la validez de la declaración del oferente. Ella no podrá exceder el valor del provecho que el destinatario de la oferta hubiera obtenido de la ejecución del contrato, aun cuando se probara que el beneficio frustrado es mayor.

Ver: art. 122 segunda parte del C. alemán. No poco es lo que en doctrina se ha controvertido la cuestión de saber si la **culpa in contrahendo** es **contractual** o **extracontractual**. Para que fuese lo primero habría sido menester que la obligación incumplida, fundamento de la indemnización, emanase de un contrato anterior o de un pretendido **pacto de bien contratar**, del cual derivaría como culpa contractual. Combatida esta doctrina por los sostenedores de la doctrina francesa prevaleciente, se arguyó que la culpa cometida con ocasión de la formación del contrato, constituiría en substancia, violación del general principio del **neminem laedere**, y además que es extraño al ordenamiento jurídico el **pacto de bien contratar**.
No constituyendo la **culpa in contrahendo** un tipo intermedio de culpa, entre la culpa contractual y la extracontractual, acabó por ser concebida, como idéntica diligencia de la obligación de lealtad o corrección que a todos incumbe en consideración a los demás y en todas sus relaciones, y que debe observarse aun con ocasión de las simples tratativas o de la formación de un contrato.

Art. 1035. — Las condiciones generales del contrato unilateralmente establecidas por uno de los contratantes serán eficaces respecto del otro si en el momento de la conclusión del contrato éste las ha conocido o hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria.

En todo caso, no tendrán efecto, si no fueren específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor del que las ha impuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir el contrato o suspender su ejecución, o sancionen a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones con terceros, prórroga o renovación tácita del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones a la competencia de la autoridad judicial.

Ver: art. 1341 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
El presente artículo y el que le sigue, contemplan el **contrato de adhesión**, figura del Derecho moderno, concebida para posibilitar la rápida conclusión de una gran cantidad de contratos, por lo regular análogos, si no idénticos, entre empresas poderosas y su clientela, como las de transporte ferroviario, marítimo, fluvial y aéreo, seguro terrestre y aéreo, de vida o contra incendio, etc.
Las condiciones generales de tales contratos son expresadas en formularios impresos, por los que se los designa con el nombre de **contrato-tipo**, el cual, exhibido al cliente para que se imponga de su contenido, excluye las largas discusiones y cambios de pareceres a que están expuestos esos contratos aislados entre partes situadas en un pie de igualdad económica y jurídica, estructurados por el Derecho tradicional sobre la base de la libre competencia.
Y dado que en más de un caso empresas hay que movidas por el excesivo afán de lucro obtenido a expensas de la debilidad, penuria o inexperiencia de la otra parte no trepidan en imponer en sus contratos condiciones las más veces leoninas que les asegure, además del reembolso de su capital, y sus intereses, con un margen de utilidades, la impotencia jurídica de su contratante para defenderse en juicio, bien está la segunda parte de nuestro artículo, por el que tales propósitos son, en principio, sancionados con su invalidez, si tales condiciones no fuesen específicamente aprobadas por escrito.

Art. 1036. — En los contratos concluídos mediante la firma de formularios dispuestos para disciplinar de modo uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de la matriz cuando fueren incompatibles con éstas, aunque las últimas no fueren canceladas.

Se observará, además, la disposición del parágrafo segundo del artículo precedente.

Ver: art. 1342 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior y omitido en los otros códigos. Mira la presente disposición a garantizar al contratante llamado a prestar su adhesión al formulario prestablecido contra los abusos de la condición de preeminencia en que una empresa puede encontrarse frente al cliente aislado, en infracción del principio de la buena fe contractual.

CAPITULO IV

Del objeto del contrato

Art. 1037. — Las cosas que han de prestarse en los contratos deben ser posibles, lícitas y ciertas o determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, si la convención suministra los elementos necesarios para determinarla. En caso contrario, el contrato no valdrá.

Ver: arts. 1170, 1333, 1349 parág. 1º C. argentino; 1129 C. francés; 1346 C. italiano; 1369 C. holandés; 1880 C. de Luisiana; 671 C. portugués; 1271, a 1273 C. español; 145 inc II) C. brasileño; 719 y 720 C. boliviano; 1282 y 1283 parágs. 2º y 3º C. uruguayo; 1155 C. venezolano; 1824 y 1825 C. mexicano; 2475 C. nicaraguense; 1563 C. hondureño. Omitido en los demás códigos, todos los cuales remiten la consideración de la cosa objeto del contrato, a la disciplina de la prestación obligatoria que por ellos se contrajeren. Siendo así no hace falta agregar que no pueden ser objeto de los conrtatos las cosas que están fuera del comercio; ni las cosas o actos que no puedan reducirse a un valor exigible; ni las cosas cuya especie no sea determinada o determinable; ni los actos contrarios a la ley, la moral, y las buenas costumbres. Tales son las razones que nos inducen a convenir con Bibiloni en la supresión de los arts.. 1167 a 1169 del C. argentino, evidentemente supérfluos.

Art. 1038. — La cantidad se reputa determinable cuando su fijación se deja al arbitrio de un tercero.

Si la determinación de la prestación establecida en el contrato fuere deferida a un tercero y no resultara que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, deberá el tercero proceder con una apreciación equitativa. Si faltara la determinación del tercero o si ésta fuere manifiestamente inícua o errónea, la determinación será hecha por el juez.

La determinación librada al mero arbitrio del tercero no puede ser impugnada si no se prueba su mala fe. Si faltara la determinación del tercero y las partes no se pusieran de acuerdo para substituirlo, el contrato será nulo.

Al determinar la prestación deberá el tercero tener en cuenta asimismo las condiciones generales de la producción a la que eventualmente se refiera el contrato.

Sobre el parág. 1º, ver: arts. 1171, 1349 parág. 2º C. argentino; 1882 del Esboço de T. de Freitas; 1310 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni y 808 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Nada dispone el art. 1171 del C. argentino acerca de la hipótesis de que las partes, aun habiendo deferido a un tercero la determinación de la cantidad de la cosa, objeto del contrato, no hayan querido rimitirse a su **mero arbitrio**, o sea a su capricho o antojo, desde que siendo tal su poder podría legitimarse su decisión aun en caso de ser dolosa o fruto de un error esencial o de violencia ejercida sobre él, caso en el cual, estatuye el art. 1349 del C. italiano, fuente del presente artículo, que el tercero "**deberá proceder con una apreciación equitativa**", excluyente de la iniquidad, que es la injusticia grande, como medio de admitir la impugnación de su dictamen por **manifiesta iniquitas**. Viene esta decisión de la elaboración doctrinal y jurisprudencial sobre el contenido de los poderes del árbitro, según que éste sea concebido como **arbitrium boni viri** o **merae voluntatis**, y definido el primero como **bonus vir**, noción aproximada a la figura del **diligens pater familias**, de suerte que, por ser tal, la remisión de las partes a su voluntad no implica confiarse a su arbitrio caprichoso, sino a su juicio de **bonus vir**, o sea del hombre medio llamado a integrar con sentido igualitario o equidistante la relación contractual incierta sobre la cantidad de la cosa, objeto del contrato.

Soslayando estas consideraciones, el art. 1171 del C. argentino contempla directamente la hipótesis de que el tercero no quisiere, no pudiere, o no llegare a determinar la cantidad, caso en el cual estatuye que la determinación será hecha por el juez, por sí mismo, o por medio de peritos, si fuese necesario. Nuestro artículo, en cambio, preceptúa que la determinación será hecha por el juez: 1º) si faltara la del tercero; o 2º) si la de éste fuese manifiestamente inícua o errónea.

Tampoco el C. argentino provee el recurso de impugnación que cabría en el caso de que la determinación de la cantidad fuese librada al mero arbitrio del tercero y éste incurriese en iniquidad. A llenar este vacío, agravado por lo que el art. 1351 de dicho Código preceptúa cuando la determinación del precio de la cosa vendida fuese librada a un tercero y éste omitiese hacerlo, hipótesis en la cual, la venta quedará sin efecto, auspicia Bibiloni en el art. 1311 de su Anteproyecto, inspirado en el art. 318 del C. alemán, que "La determinación de la cantidad, hechá por el tercero, no puede ser impugnada, a menos que se demostrase que procedió por dolo, violencia o error esencial", siquiera sin aclarar que tal recurso procederá cuando las partes se hayan librado al mero arbitrio del tercero, como expresamente lo estatuye el parágrafo 3º de nuestro art. 1038, tal como lo preceptúa su fuente. Finalmente viene dispuesto que el contrato será "nulo" sólo si faltando la determinación del tercero, las partes no se pusieran de acuerdo para substituirlo, y que al determinar la prestación deberá el tercero tener en cuenta las condiciones generales de la producción a la que eventualmente se refiera el contrato.
Como se ve, nuestro artículo contempla todas las cuestiones que pueden surgir entre partes a propósito de la determinación de la cosa remitida a un tercero.

Art. 1039. — La imposibilidad de la prestación no impedirá la validez del contrato si dicha imposibilidad puede ser suprimida y el contrato haya sido concluído para el caso de que la prestación fuera posible.

Si una prestación imposible fuere subordinada a una condición suspensiva o a un plazo suspensivo, el contrato será válido si la imposibilidad es suprimida antes del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Ver: arts. 308 C. alemán; 1313 del Anteproyecto de Bibiloni; 811 del Proyecto argentino de 1936.
Explicando el art. 308 del C. alemán enseñan Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y demás traductores franceses de dicho Código que lo que se contempla en este precepto son los casos llamados de imposibilidad hipotética, la que por ser tal admite que su desaparición sea contemplada como tal en el contrato. Si siendo conocida de las partes esa imposibilidad quisieron ellas celebrar el contrato, debe admitirse que lo ajustaron bajo la condición de que dicha imposibilidad llegue a desaparecer. Tal condición sería suspensiva. El parágrafo segundo de nuestro artículo se explica por aplicación de las reglas que disciplinan la condición suspensiva o el plazo suspensivo. Si, pues, la imposibilidad desapareciese antes de acontecer el hecho futuro e incierto al cual fue subordinada la relación de derecho, o antes de vencer el plazo suspensivo, el contrato será válido.

Art. 1040. — La prestación de cosas futuras puede ser objeto de los contratos. Si la existencia de ellas dependiere de la industria del prometiente, la obligación se considerará pura y simple. Si la existencia de las mismas dependiere en todo o en parte de fuerzas naturales, se considerará subordinada la eficacia del contrato al hecho de si llegasen a existir, a menos que la convención fuere aleatoria, porque una de las partes tomare a su cargo el riesgo de que no llegasen a existir.

Ver: arts. 1173, 1404, 1406 y 1132 C. argentino; 1884, 2109 y 2111 del Esboço de T. de Freitas; 1314 del Anteproyecto de Bibiloni y 82 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese la apostilla de Bibiloni al art. 1314 de su Anteproyecto (autor y opus cits. t. II, pág. 190, edición Kraft).

Art. 1041. — Son anulables los contratos que tuviesen por objeto la entrega de cosas litigiosas, dadas en prenda, o en anticresis, hipotecadas o embargadas, si se hubiese ocultado su condición al adquirente. Se aplicará en tal caso lo dispuesto en los arts. 1033 y 1034 si el contrato no se cumpliera.

Ver: arts. 1174 y 1179 C. argentino; 1885 del Esboço de T. de Freitas; 1315 del Anteproyecto de Bibiloni; y 813 del Proyecto de 1936.

Art. 1042. — No puede ser objeto de un contrato la herencia futura aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate; ni los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares.

Es nulo el contrato por el cual una persona se obligue a transmitir o afectar en todo o en parte los bienes que adquiera en lo futuro.

Ver: arts. 1175, 3599, 1333, 1334, 1651 y 1800 del C. argentino; 1316 del Anteproyecto de Bibiloni; y 814 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1043. — Los contratos hechos simultáneamente sobre bienes presentes y sobre los comprendidos en el artículo anterior, serán nulos en el todo, cuando hubieren sido concluídos a cambio de una sola prestación, salvo que el deudor de esta última aceptare que ella se aplique íntegramente al pago de los bienes presentes.

Ver: arts. 1176 C. argentino; 1317 del Anteproyecto de Bibiloni; y 815 del Proyecto argentino de 1936.
Siguiendo a Bibiloni, suprimimos los arts. 1177 a 1179 del C. argentino. El primero porque pasa a otra parte. El 1178 porque está tratado con más amplitud en el art. 1329 de dicho Código.

CAPITULO V

De la forma de los contratos

Art. 1044. — Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. XXXI del Título Preliminar, y 557 de este Código, la forma de los contratos entre ausentes, si fueren hechos en instrumento particular firmados por una de las partes, será juzgada por las leyes del lugar indicado en la fecha del instrumento. Si los mismos contratos fueren firmados en lugares distintos, o por medio de agentes, o por correspondencia epistolar, su forma será juzgada por las leyes que sean más favorables a la validez del contrato.

Ver: arts. 1181 C. argentino; 1936 del Esboço de T. de Freitas; 1319 del Anteproyecto de Bibiloni; 816 Inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1045 — Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, incluso los celebrados en subasta pública:

1º) Los contratos que tengan por objeto la constitución, modificación, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

2º) Las particiones extrajudiciales de bienes, cuyo importe conjunto exceda de cinco mil guaraníes, o si comprendiera inmuebles, aunque sea de menor valor.

3º) Los contratos de sociedad, cuando el aporte de cada socio pase de dos mil guaraníes, o cuando el aporte consista en la transferencia de un bien inmueble, salvo lo dispuesto en el art. 1572.

4º) La cesión o renuncia de derechos hereditarios en iguales condiciones.

5º) Todo acto constitutivo de renta vitalicia.

6º) Los poderes generales o especiales para representar en juicio voluntario o contencioso, o ante la administración pública o el Poder Legislativo; los conferidos para administrar bienes, contraer matrimonio, reconocer hijos, y cualquier otro que tenga por objeto un acto otorgado, o que deba otorgarse en escritura pública.

7º) Las transacciones sobre inmuebles, y los compromisos arbitrales relativos a éstos.

8º) Todos los contratos que tengan por objeto modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas nacidas de actos celebrados mediante escritura pública, o los derechos procedentes de ellos.

9º) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los parciales y de los relativos a intereses, canon o alquileres.

Ver: arts. 1184 C. argentino; 1320 del Anteproyecto de Bibiloni; 817 del Proyecto argentino de 1936; 1003 de Goyena; 1929 Inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1350 C. italiano.

Art. 1046. — Los contratos que debiendo ser hechos en escritura pública, fueren hechos en instrumentos particular, firmado por las partes, o en instrumento particular en que las partes se obligaren a reducirlo a escritura pública, no quedarán concluídos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluídos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública.

Esta obligación será juzgada como obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo, podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo apercibimiento de que no haciéndolo lo otorgará el juez, con más la condenación en las costas y costos del juicio.

Si por resultar obstáculos insuperables, ignorados por el acreedor no pudiere otorgarse la escritura, se aplicarán los arts. 1032 y 1033, salvo que las partes hubieren declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

Ver: arts. 1185 a 1188 C. argentino; 1321 a 1323 del Anteproyecto de Bibiloni; y 818 a 819 del Proyecto argentino de 1936.

Modificamos el contenido del art. 1187 del C. argentino de acuerdo a las leyes que disciplinan las obligaciones de hacer, según las cuales, las obligaciones de hacer que pueden ser cumplidas por otro, como la de otorgar una escritura pública, autorizan al acreedor a hacerlas ejecutar por cuenta del deudor, como lo preceptúan nuestros arts. 959 y 962, o demandar los perjuicios e intereses por inejecución de la obligación, acción esta última disyuntivamente autorizada para el solo caso de que fuere necesario violencia contra la persona del deudor, como lo estatuye el art. 956.

Cosa vieja esta observación, tanto en la Argentina como en nuestro país, es jurisprudencia constante y uniforme que la obligación de otorgar escritura pública no se resuelve en daños y perjuicios, sino en su ejecución por el juez.

Así también lo ha hecho notar Bibiloni en su apostilla al art. 1322 de su Anteproyecto.

Nosotros, empero, juzgamos que siendo absoluta la imposibilidad de otorgar la escritura, por causas que el obligado conocía o debía saber, como defectos insuperables de los títulos, o gravámenes o impuestos impagos, ocultados al acreedor, la indemnización debida al acreedor debe reducirse a la del interés negativo, por aplicación de nuestros arts. 1032 y 1033, a menos que las partes hubiesen declarado en el instrumento particular que el contrato no valdría sin la escritura pública.

CAPITULO VI

De la interpretación del contrato

Art. 1047. — Al interpretar el contrato se deberá indagar cuál ha sido la intención común de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras.

Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato,

Ver: arts. 1362 del C. italiano; 1560 C. chileno; 1618 C. colombiano; 1616 C. ecuatoriano; 218 Inc. 1º y 4º del C. de Comercio; 1156 C. francés; 1379 C. holandés; 1945 y 1951 C. de Luisiana; 1281 y 1282 C. español; 18 C. Federal suizo de las Obligaciones; 117 y 133 C. alemán; 1298 C. uruguayo; 148 C. boliviano; 1851 parág. 2º C. mexicano; 2496 parág. 2º C. nicaraguense; 1576 parág. 2º C. hondureño; 108 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 98 del C. C. de la República de Chile; 51 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, y lo que acerca de esta primera regla de interpretación explicamos bajo el Nº 279 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 1048. — Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del contexto general.

Ver: arts. 1363 C. italiano; 1161 C. francés; 1384 C. holandés; 1950 C. de Luisiana; 218 inc. 2º de nuestro C. de Comercio; 1285 C. español; 1564 C. chileno; 1622 C. colombiano; 1620 C. ecuatoriano; 1299 C. uruguayo; 752 C. boliviano; 1854 C. mexicano; 2500 C. nicaraguense; 1580 C. hondureño; 56 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; y lo que acerca de esta regla explicamos bajo el Nº 288 de nuesrto Tratado de las Obligaciones.

Art. 1049. — Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar.

Ver: arts. 1364 C. italiano; 1163 C. francés; 1386 C. holandés; 1954 C. de Luisiana; 1852 C. mexicano; 1561 C. chileno; 1619 C. colombiano; 1617 C. ecuatoriano; 754 C. boliviano; 2498 C. nicaraguense; 1578 C. hondureño; 58 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos y lo que acerca de esta regla explicamos bajo el Nº 291 de nuestro Tratado de las Tratado de las Obligaciones.

Art. 1050. — Cuando en un contrato se hubiera expresado un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirán excluídos los casos no expresados a los que, de acuerdo con la razón, pueda extenderse dicho pacto.

Ver: arts. 1365 C. italiano; 1164 C. francés; 1387 C. holandés; 1956 y 1957 C. de Luisiana; 755 C. boliviano; 1307 C. uruguayo; 2504 C. nicaraguense; 1565 C. chileno; 1584 C. hondureño; 1623 C. colombiano; 1621 C. ecuatoriano; 59 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; y lo que acerca de esta regla explicamos bajo el Nº 293 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 1051. — El contrato debe ser interpretado de acuerdo con la buena fe.

Ver: arts. 1366 C. italiano; sin antecedentes en la legislación anterior. Mas concuerda con los arts. 797 y 1032 del presente código.

A estar a lo que enseñan los propios compiladores del C. italiano, la buena fe de que se trata no esta constituida por un estado subjetivo, normalmente coincidente con la noción del error, sino que está representada por el comportamiento leal del sujeto en el acuerdo y el recíproco deber de hacer valer su propio derecho, apreciado del mismo modo que la conciencia media social.

Entendida así la buena fe como lealtad recíproca de conducta, dice Colagrosso, como un elemento ético-

social que preside las relaciones de la vida jurídica, no debe inducir al juez a modificar el concreto contenido de la voluntad de las partes en aras de su ideal de equidad y de justicia.
Agrega nuestro autor que el principio de la igualdad jurídica importa que el juez, al interpretar la voluntad contractual de las partes, después de aplicar la cláusula expresa de la convención y la norma general imperativa, debe cuidar todos sus elementos, para adecuar su resultado a todas las circunstancias estimables y a mantener el equilibrio proporcional entre los legítimos intereses de las partes. De esta suerte, el principio de la equidad, como el de la buena fe, deviene eficaz no sólo en el campo de la ejecución, sino también de la interpretación (ver autor y opus cits. Parte Genrale, t. I, pág. 314).

Art. 1052. — Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad.

Ver: arts 1369 C. italiano; 1157 C. francés; 1380 C. holandés; 1946 C. de Luisiana; 1562 C. chileso; 1284 C. español; 1853 C. mexicano; 1300 C. uruguayo; 749 C. boliviano; 1620 C. colombiano; 1618 C. ecuatoriano; 2499 C. nicaraguense; 1579 C. hondureño, y lo que acerca de esta regla explicamos bajo el Nº 284 de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Art. 1053. — Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro.

Ver: art. 1370 C. italiano; 218 inc. 7º de nuestro C. de Comercio; 1162 C. francés; 1386 C. holandés; 1952 C. de Luisiana; 1288 C. español; 1566 C. chileno; 1624 C. colombiano; 1622 C. ecuatoriano; 2503 C. nicaraguense; 1583 C. hondureño; 753 C: boliviano; y lo que acerca de esta degla explicamos bajo el Nº 290 de nuestro Tratado de las Obligaciones. Ver igualmente; art. 1304 C. uruguayo

Art. 1054. — Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá éste ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso.

Ver: arts. 1371 C. italiano; 685 C. portugués; 1875 parág. 1º C. mexicano; 1289 C. español; 2505 C. nicaraguense; 1585 C. hondureño.
Consagra este precepto la regla del **favor debitoris** en el caso de **obscuridad** invencible por aplicación de las normas precedentes, cuando se trata de actos de liberalidad, pero no del todo favorable, sino en el sentido menos gravoso para el deudor.
La **obscuridad** que dice el artículo es la falta de claridad que hace incomprensible el contrato, que no debe confundirse con la **ambiguedad**, calidad de lo ambiguo, o sea de lo que puede entenderse de varios modos, de donde vienen sus sinonimias: anfibología, (doble sentido), dilogía (idem), equívoco (idem) ,etc. Vieja es esta distinción que ya Cujacio estableció al decir:"Oscurum est quod nullo modo potest intelligi. Ambiguum quod duobus aut tribus modis intelligi potest. In obscuro quaeritur quid dictum; in ambiguo utrum dictum sit: itaque quod ambiguum, et obscurum est, non contra" (Opera, II, ad titulum de pactis, 757, in Colagrosso, Parte Generale, t. I, pág. 319).
Por el contrario, si el contrato es oneroso, debe el juez aplicar la norma de la **equidad contractual**, de suerte que siendo así, su interpretación sea equidistante de las pretensiones adversas de las partes, y su decisión observe proporción y reciprocidad para el equilibrio de las dos prestaciones.
Finalmente conviene acentuar que esta norma será sólo aplicada como **última ratio, cuando** todos los esfuerzos del juez en entender la común intención de las partes hayan sido frustrados por la obscuridad del contrato.

Art. 1055. — Si las dudas de cuya resolución se trata en el artículo precedente recayere sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será declarado nulo.

Ver: art. 1289 parág. 2º C. español; 1857 segunda parte, C. mexicano; 2505 segunda parte C. nicaraguense; 1585 segunda parte C. hondureño.

CAPITULO VII

De los efectos del contrato

Art. 1056. — Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.
El contrato no produce efectos respecto de terceros sino en los casos previstos por la ley.

Ver: arts. 1197 y 1199 C. argentino; 1134 C. francés; 702 C. portugués; 1374 C. holandés; 1895 C. de Luisiana; 1278 C. español; 1372 C. italiano; 928 C. brasileño; 725 C. boliviano; 1159 C. venezolano; 1291 C. uruguayo; 1545 C. chileno; 1602 C. colombiano; 1601 C. ecuatoriano; 2479 C. nicaraguense; 1573 C. hondureño; 1022 C. costarricense; 1328 C. peruano; 1953 del Esboço de T. de Freitas; 38 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 60 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1325 del Anteproyecto de Bibiloni; 820 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1057. — Los contratos obligan no sólo a lo que esté formalmente expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubieren sido virtualmente comprendidas en ellos.

Ver: art. 1198 C. argentino; 1135 C. francés; 704 C. portugués; 1374 C. italiano; 1375 C. holandés; 1897 y 1898 C. de Luisiana; 1546 C. chileno; 1603 C. colombiano; 1602 C. ecuatoriano; 726 C. boliviano; 1023 C. costarricense; 1426 C. guatemalteco; 1160 C. venezolano; 1291 parág. 2º C. uruguayo; 2480 C. nicaraguense; 1546 C. hondureño; 1954 del Esboço de T. de Freitas; 60 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 40 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1326 del Anteproyecto de Bibiloni; y 820 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Se explica nuestro art. 1057 porque los contratos deben cumplirse de buena fe.

Art. 1058. — Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fueren inherentes a la persona, o resultare lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros.

Ver: arts. 1195 C. argentino; 1112 y 1116 del C. francés; 703 C. portugués; 756 C. boliviano; 1292 y 1293 C. uruguayo; 1163 C. venezolano; C, guatemalteco; 1024 C. costarricense; 2484 C. nicaraguense; 1549 C. hondureño; 1329 C. peruano; 1956 del Esboço de T. de Freitas; 43 del Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1324 del Anteproyecto de Bibiloni y 821 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1059. — Sin embargo los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones patrimoniales de su deudor cuando por desaliento, negligencia, ausencia u otra causa análoga aceptara éste un empobrecimiento creciente de su situación pecuniaria que exponga a aquéllos a la imposibilidad de cobrar todo o parte de lo que él les debe. Quedan excluídas las acciones inherentes a la persona del deudor.

Ver: art. 1196 C. argentino; 1166 C. francés. Modificamos el art. 1196 del C. argentino al fijar las condiciones a que se subordina el ejercicio de la acción oblicua o subrogatoria de los acreedores, porque no sería admisible que fuera de la hipótesis de nuestro artículo puedan ejercer todas las acciones patrimoniales de su deudor, sin inmiscuirse en sus negocios y sin que se justifique el riesgo en que se hallan de sufrir la pérdida de su crédito. Ver: Esmein, in Planiol y Ripert, **Traité Pratique**, t. VII, **Obligations**, 2ª Parte, Nº 894, pág. 203). Ver igualmente: art. 757 C. boliviano; 1295 C. uruguayo; 1430 C. guatemalteco; 2493 C. nicaraguense.

Art. 1060. —Pueden las partes, por mutuo consentimiento, extinguir las obligaciones que hubieren creado por sus contratos, y retirar los derechos reales que se hubiesen transferido; y resolver los contratos por las causas que la ley autoriza.

Ver: arts. 1200 C. argentino; 1134 parág. 2º C. francés; 1372 parág. 2º C. italiano; 1294 C. uruguayo; 1159 parág. 2º C. venezolano; 1545 segunda parte C. chileno; 2479 segunda parte C. nicaraguense; 1602 segunda parte C. colombiano; 1601 segunda parte C. ecuatoriano; 1895 segunda parte C. de Luisiana; 702 segunda parte C. portugués; 38 segunda parte del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1958 del Esboço de T. de Freitas; 1328 del Anteproyecto de Bibiloni; 822 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1061. — En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probare haberlo ella cumplido u ofreciere cumplirlo, a menos que la otra parte debiera efectuar antes su prestación.

Cuando ésta deba hacerse a varias personas puede rehusarse la entrega de la parte que les corresponda hasta que se haya recibido la contraprestación íntegra.

Si un contratante ha efectuado prestaciones parciales puede negarse la contraprestación, a menos que, según las circunstancias, deba juzgarse que es contrario a la buena fe resistir la entrega, por la modicidad relativa de la parte adecuada.

Ver: sobre el parág. 1º, el art. 1201 concordante con el art. 510 del C. argentino; 1460 C. italiano; 1955 del Esboço de T. de Freitas; 1552 C. chileno; 1609 C. colombiano; 1608 C. ecuatoriano; 1342 C. peruano; 1092 C. brasileño; 1184 C. francés; 1100 in fine C. español; 709 C. portugués; 320 C. alemán; 82 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1167 C. venezolano; 775 C. boliviano; 47 del Proyecto ítalo-francés

del C. de las Obligaciones y los contratos; 2550 C. Civil de la República de China; 1329 del Anteproyecto de Bibiloni y 827 del Proyecto argentino de 1936.

El parágrafo 1º de nuestro artículo consagra la exceptio non adimpleti contractus propia de los contratos sinalagmáticos, que aun siendo de origen romano, no está escrita en los textos, no obstante lo cual se la juzga extraída del Código, De Pactis, lib. III, tit. 2, ley 21: "nisi ea, quae placita sin, adimplere paratus sit", muy semejante a la condición resolutoria tácita del art. 1184 del C. francés y sus imitaciones, según el cual "La condición resolutoria se entiende siempre en los contratos sinalagmáticos, para el caso que una de las partes no cumpla su obligación. En este caso, no queda disuelto el contrato ipso jure. La parte a quien no se cumplió lo pactado, será arbitro de constreñir a la otra a la ejecución del contrato, siendo posible, o de pedir la rescisión de aquel y el abono de daños e intereses", precepto sólo trasegado al art. 216 de nuestro C. de Comercio, no así al C. Civil argentino que por su art. 1203 sólo admiten la resolución de los contratos civiles por pacto comisorio expreso. Siendo así, los contratos bilaterales sólo pueden ser objeto de la acción de cumplimiento, la cual se halla expuesta a la exceptionon adimpleti contractus. El presente Código admite el pacto comisorio tácito implícito.
(Ver: Planiol, Traité Elémentaire, t. II, Nº 549, pág. 328 y Nº 1308-9, pág 444, 9ª edición).
El parágrafo 2º de nuestro artículo ha sido traído por Bibiloni del parág. 2º del art. 320 del C. aleman. y el parg.3º es reproducción casi literal del idéntico paragrafo del citado artículo 320.

Art. 1062. — Si, en un contrato bilateral, los derechos de la parte que debe cumplirlo primero, estuvieren en peligro por la insolvencia, quiebra, disminución notable del patrimonio de la otra, podrá ella rehusar su prestación, a menos que se le haya afianzado su entrega.

La misma parte podrá resolver el contrato si esta garantía no le fuere otorgada a su pedido, dentro de un plazo razonable.

Ver: arts. 1330 del Anteproyecto de Bibiloni y 828 del Proyecto argentino de 1936, por los que se transplada de sitio el art 1419 del C. argentino, a el el que se contempla uno de los derechos del vendedor al precio, regla que a juicio de Bibiloni es extensiva a todos los contratos sinalagmáticos. Ver, igualmente arts. 83 C. Federal suizo de las Obligaciones; 321 C. alemán y 1092 parág. 2º C. brasileño.

Art. 1063. — Si por un hecho posterior a la celebración del contrato bilateral, y sin culpa de ninguna de las partes la prestación se hiciere imposible, las obligaciones recíprocas de ambos contratantes quedan sin efecto.

Si la imposibilidad fuere sólo parcial, podrá el acreedor optar entre la reducción proporcional de su contraprestación o por la resolución del contrato.

Si la contraprestación hubiere sido efectuada en todo o en parte, se la restituirá según las reglas generales de este Código.

Ver: arts. 1331 del Anteproyecto de Bibiloni y 829 Inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1601 C. francés; 1328 C. argentino.
La imposibilidad sobreviniente a que se refiere la primera parte del presente artículo debe ser conforme a lo preceptuado por nuestro art. 896. Debe ser anterior a la constitución en mora del deudor para que éste pueda excusar su responsabilidad de la destrucción total de la cosa cierta, objeto del contrato como un incendio u otra causa perecida, porque hasta la tradición los riesgos son a su cargo, y la mora perpetúa la obligación.
Cuanto a la destrucción parcial se ha de estar a opción del acreedor a lo estatuido en el parág. 2º del presente artículo, reproducción del 1328 del C. argentino, o a lo preceptuado por nuestro art. 899, según el caso.

Art. 1064. — Siempre que la prestación de una de las partes en un contrato bilateral, no pueda cumplirse por una circunstancia de que es responsable la otra, el derecho de la primera a la contraprestación subsiste. De ésta se deducirá lo que la parte ha economizado por consecuencia de la liberación de su prestación, o lo que ha ganado por otra ocupación o empleo, o lo que por malevolencia dejó de adquirir.

Lo mismo se resolverá si la prestación de una de las partes se ha hecho imposible por una circunstancia de que no es responsable, estando el otro contratante en mora de aceptar.

Ver: arts. 1333 del Anteproyecto de Bibiloni; 832d el Proyecto argentino de 1936; y su fuente: art. 324 C. alemán.
Glosando el art. 324 del C. alemán enseñan Bufnoir, Challamel, Drioux, Saleilles y demás tradúctores franceses de dicho Código que este precepto consagra dos excepciones a lo estatuido en nuestro art. 1059, o sea al principio de la liberación del acreedor por el sólo hecho de la imposibilidad de ejecución del deudor. Si esta imposibilidad agregan proviene de la culpa del acreedor, o si ella se ha producido después que él ha incurrido en mora, el deudor nada debe sufrir, y por consiguiente debe conservar su derecho a la contraprestación, pero deducidos los gastos que le fueron ahorrados por no haber tenido que cumplir la prestación que estaba a su cargo, los gastos de envío o de transporte, gastos de ejecución de la obra prometida, gastos de materiales o de mano de obra, y otros gastos que le fuesen ahorrados.
Contempla además nuestro artículo lo que por dejar de cumplir su prestación, se ha ahorrado tiempo el deudor, tiempo que él ha podido aprovechar en adquirir nuevas ganancias que de otro modo no habría obtenido, razón por la cual se estima justo que también tales ingresos sean deducidos de la contraprestación a que tiene derecho. (ver autores y opus cits. t. I, pág. 459).

Art. 1065. — Si se hubiere dado una señal para asegurar el contrato o su cumplimiento, el que la dió puede arrepentirse del contrato, o puede dejar de cumplirlo perdiendo la señal. Puede también arrepentirse el que la recibió, y en tal caso debe devolver la señal con otro tanto de su valor. Si el contrato se cumpliere, la señal debe devolverse en el estado que se encuentre. Si ella fuere de la misma especie que lo que por el contrato debía darse, la señal se tendrá como parte de la prestación; pero no si ella fuere de diferente especie, o si la obligación fuere de hacer o de no hacer.

Ver: arts. 1202 C. argentino; 1590 C. francés; 1091 a 1097 C. brasileño; 1803 C. chileno; 1859 C. colombiano, 1382 C. ecuatoriano; 2438 C. de Luisiana; 1454 C. español; 1385 C. italiano; 1665 C. uruguayo; 1263 C. venezolano; 2557 C. nicaragüense; 1614 C. hondureño; 1011 C. boliviano; 1349 C. peruano; 1504 C. guatemalteco; 1910, 1912 y 1915 Consolidaçao de T. de Freitas; 1334 del Anteproyecto de Bibiloni; 829 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 336 C. alemán; 158 C. Federal suizo de las obligaciones.

Dos son los sistemas legislativos de disciplina de la señal o arras: 1º el del 1590 del C. francés y de los demás códigos estructurados a su imitación, según los cuales se la considera como un medio de arrepentirse, perdiéndola el que la dió; y 2º de los arts. 336, 337 y 338 del Código alemán, seguido por el art. 1094 del C. brasileño; según los cuales la señal es un medio confirmatorio de la conclusión definitiva del contrato.

Nuestro artículo se inspira en el sistema francés.

Art. 1066. — Si en el contrato se hubiere estipulado un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservare la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato sólo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda.

Esa facultad se entiende implícita en los contratos bilaterales, aunque no se hubiera estipulado expresamente.

Ver: arts. 1184 C. francés; 326 C. alemán; 107 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1124 C. español; 1092 C. brasileño; 918 del C. austriaco reformado; 709 y 1574 C. portugués; 1552 C. chileno; 1167 C. venezolano; 775 C. boliviano; 1343 C. peruano; 1609 C. colombiano; 1608 C. ecuatoriano; 2041 C. de Luisiana; 1955 del Esboço de T. de Freitas; 353 C. Civil de la República de China.

Nuestro artículo, como su fuente el art. 1203 del C. argentino contempla en su primer parágrafo la eventualidad de que las partes convencionen expresamente el pacto comisorio, y preceptúa que el derecho de invocarlo para resolver el contrato sólo corresponde a la parte no culpada, fácil de conocer con que se haya fijado cuál de ambos contratantes debe ser el primero en cumplir la prestación a su cargo. En esta hipótesis, el pacto comisorio, por oposición a la condición resolutoria expresa, no produce ipso iure sus efectos, razón por la cual debe la parte no culpada interpelar previamente a la otra y constituirla en mora para demandar la resolución del contrato, con los daños y perjuicios. El art. 326 del C. alemán estatuye que constituída en mora la parte que primero debe cumplir la prestación, podrá la otra fijarle un plazo útil para ejecutarla, con notificación de que vencido dicho plazo se negará a aceptar la prestación. Una vez expirado dicho plazo, tendrá derecho a exigir daños y perjuicios.

Mas en su segunda parte, nuestro artículo, a inspiración del art. 1335 del Anteproyecto de Bibiloni y 829 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936, preceptúa que "**esa facultad** (de resolver el contrato por incumplimiento de la otra) **se entiende implícita en los contratos bilaterales, aunque no se hubiera estipulado expresamente**", con que por derogación del art. 1204 del C. argentino, se consagra la cláusula resolutoria implícita, tal como ya está dispuesto por el art. 216 de nuestro C. de Comércio respecto de la "**condición resolutoria**", con la singularidad de que por disposición de su parág. 2º "**siendo implícita la condición el contrato no se resuelve ipso iure, como cuando se ha pactado la condición resolutoria**". Hay aquí obscuridad nacida de la redacción confusa del artículo que, al iniciarse se refiere a la "condición resolutoria" y en su parág. 2º la excluye, por referirse allí a sólo el "pacto comisorio".

La verdad es que mal puede confundirse el pacto comisorio implícito con la condición resolutoria ordinaria, tal como Vélez Sarsfield los distingue en su apostilla al art. 555 del Código de su nombre. En la condición resolutoria, dice el codificador argentino, desde que ésta se cumple, la obligación queda para ambas partes, como no sucedida; lo contrario sucede en el pacto comisorio. A pesar del cumplimiento de la condición prevista, la obligación no se resuelve mientras no lo quiera la parte que ha estipulado esa condición especial, y, se conservará si quiere mantenerla, no obstante la voluntad contraria de la otra parte. Con estos antecedentes se comprenderá que lo implícito a que se refiere la segunda parte de nuestro artículo, **no es la condición resolutoria, sino el pacto comisorio**, y que siendo así, requiere interpelación al deudor para que la parte no culpada pueda dar por rescindido el contrato y demandar daños y perjuicios.

El art. 1092 del C. brasileño no dió a la cláusula resolutoria tácita el efecto legal de operar ipso iure, pero le reconoce existencia en todos los contratos sinalagmáticos y permite que la parte la haga valer en juicio, conforme con el art. 1119 parágrafo único, o sea como está dispuesto respecto de la condición resolutoria tácita, subordinada en sus efectos a la previa interpelación judicial (ver Bevilaqua, opus cit. t. IV, pág. 259).

Fundamentando Bibiloni el parágrafo 2º del art. 1335 de su Anteproyecto destaca los preceptos del C. argentino por los cuales, en contradicción a lo preceptuado por su art. 1204, se confiere a la parte no culpada la opción entre la resolución del contrato y su cumplimiento, como son los arts. 1412, 1413, y 1420 en la compraventa; 1579 en la locación; 1708, 1709, y 1735 en la sociedad; 1849 y 1850 en la donación; y 2087 en la renta vitalicia.

Siendo así, como lo es, debe derogarse el art. 1204 del C. argentino y admitirse lo que es de derecho común en los contratos sinalagmáticos cual es el pacto comisorio tácito (ver autor y opus cits. t. II, pág. 200, edición Krat).

Art. 1067. — Sin perjuicio de lo que se haya convenido en el contrato, hallándose una parte en retardo de efectuar su prestación, puede la otra parte fijarle un plazo razonable para que la ejecute y declararle que, transcurrido que sea dicho plazo, usará de su derecho de opción.

Si no se ejecutare la prestación en el plazo señalado, el acreedor podrá, a su opción, demandar el cumplimiento del contrato, si fuere posible, con daños e intereses, o declararlo resuelto, haciéndolo saber a la otra parte, si en la declaración anterior no hubiere manifestado esa decisión. Tendrá, además, derecho en este caso a los daños e intereses por la inejecución, si procediesen según las reglas ordinarias.

Si hasta la expiración del plazo, la prestación quedó en parte incumplida, se procederá de conformidad con los arts. 1061; 1063 y 1064.

No será necesaria la concesión de plazo en la declaración, si el otro contratante estuviere en mora o hubiere comunicado que no cumplirá el contrato.

Ver: arts. 1336 del Anteproyecto de Bibiloni; 834 del Proyecto argentino de 1936; 326 C. alemán; 107 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1456 C. italiano.

Art. 1068 — Si a sólo una de las partes se le hubiere atribuido la facultad de rescindir el contrato, tal facultad podrá ser ejercida mientras el contrato no haya tenido principio de ejecución.

En los contratos de ejecución continuada o periódica, tal facultad podrá ser ejercida también posteriormente, pero la rescisión no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución.

Si se hubiera estipulado la prestación de una retribución por la rescisión ésta tendrá efecto cuando la prestación se haya efectuado.

En todo caso queda a salvo cualquier pacto en contrario.

Ver: art. 1373 C. italiano. Sin precedente en la legislación anterior, por lo que viene a colmar un vacío señalado por la doctrina y la práctica judiciaria. La presente norma es de carácter meramente supletivo de una disposición contraria de la ley o de la voluntad de las partes. Ella es aplicable a todos los contratos de tracto sucesivo o de larga duración, como el de suministro, el de arriendo, el de cuenta corriente, el de seguro, el de sociedad.

Por su primer parágrafo se preceptúa que el derecho de rescindir el contrato, contractualmente atribuido a una de las partes, no puede ser ejercido si el contrato ha tenido un principio de ejecución. Este principio de ejecución, dice Colagrosso, debe considerarse en relación a la eventual autonomía de la obligación derivada del contrato. Por consiguiente, si se trata de una ejecución continuada o periódica, existiendo tantas obligaciones cuantas son las prestaciones o periodos de prestación, evidente es que el comienzo de ejecución de una de las prestaciones o de un período de ejecución no impide el ejercicio del derecho de rescisión respecto de la prestación o el período de prestación futura.

Entiende nuestro autor que la descisión unilateral es incompatible con los contratos de ejecución inmediata, o sea con aquellos que se agotan en el mismo momento en que surge la relación (compraventa, permuta, etc.), al paso que encuentra aplicación a los contratos de tracto sucesivo. Si la rescisión se ejerce, no cuando la relación está en vía de cumplimiento, sino cuando ya ha tenido ejecución, la voluntad unilateral no podrá tener fuerza resolutiva, pero expondrá al rescindente, diremos, a responder de su incumplimiento. Y si se hubiere dado señal o arras, se estará a lo dispuesto en nuestro art. 1065 (ver autor y opus cits. Parte Generale, t. I, Nº 280, pág. 325).

Nos apartamos así del art. 1337 del Anteproyecto de Bibinoni y del 836 inc. 1º del Proyecto argentino, según los cuales se admitiría que habiéndose reservado por expresa estipulación a una de las partes el derecho de rescindir el contrato; pueda ésta ejercerlo después de ejecutado el contrato, sin distinguir aquellos que, como la compraventa y la permuta, se agotan al tiempo del surgimiento de la relación jurídica, de los que son de ejecución continuada o de tracto sucesivo. Agregan dichos artículos que en el caso de ejercerse la rescisión por voluntad unilateral del titular del derecho aun después que el contrato ha sido ejecutado, deben las partes restituirse las prestaciones según las reglas establecidas para los actos jurídicos bajo condición.

Na hace falta agregar que cuesta trabajo admitir que un contrato ya ejecutado pueda rescindirse por la voluntad unilateral de la parte a quien se reservó tal derecho, porque de consagrarse semejante norma, habría desaparecido en absoluto la fuerza obligatoria de los contratos, los cuales, como expresión de una voluntad unitaria, nacida de la fusión de la voluntad particular de cada contratante, son inconciliables con la idea de su resolubilidad por efecto de una declaración de voluntad unilateral.

Art. 1069. — Si procediere el derecho de rescindir el contrato, bastará que quien lo ejerza, así lo declare y lo haga saber a la otra parte, para que produzca todos sus efectos.

La rescisión sólo producirá sus efectos entre las partes, y no respecto de terceros adquirientes de los bienes transmitidos por el contrato o que hubieren constituidos derechos reales sobre ellos, aunque conocieran los antecedentes que hacían posible la rescisión.

Si hubiera clásula expresa sobre la eficacia de la condición resolutoria respecto de extraños, sólo producira efectos contra los que hubieren adquiridos sus derechos después de inscripta preventivamente en el Registro.

Ver: arts. 1338 del Anteproyecto de Bibiloni; 835 del Proyecto argentino de 1936; y sus fuentes, los arts. 349 del C. alemán; 107 del C. Federal suizo de las Obligaciones y 918-19 del C. austriaco reformado.

El C. alemán es contrario a la intervención de los tribunales para que la declaración de rescisión produzca sus efectos. Más, aún si se tratara de una condición resolutoria que produce efectos de pleno derecho, se juzga necesario, que quien tiene el derecho de rescindir se dirija por una declaración privada a la otra parte (ver la apostilla de Bugnoir, Challamel, Drioux, Saleilles a la traducción francesa del C. alemán, t. I, pág. 497).

Los dos siguientes parágrafos de nuestro artículo, por los que se restringe los efectos de la resolución convencional del contrato a sólo las partes, reconocen su fuente en los arts. 346 del C. alemán; y lo estatuido sobre los efectos de la condición resolutoria respecto de terceros, en los arts. 925 y 883 del citado Código. "Se explica —dice a este propósito la Exposición de Motivos— la ineficacia de la enajenación condicionada o a plazo, pues, aunque sea de necesidad práctica facilitar al propietario de un predio para un tiempo o caso fortuito la transmisión de la propiedad a otro, y hasta en ocasiones recuperarla otra vez después de enajenada, ya satisface cumplidamente a tal necesidad la anotación especial en el Registro que permite el art. 883 para asegurar un derecho futuro o condicional".

CAPITULO VIII

Del contrato por persona que ha de nombrarse

Art. 1070. — En el momento de la celebración del contrato podrá una de las partes reservarse la facultad de nombrar posteriormente la persona que deba adquirir los derechos y asumir las obligaciones que nacen de dicho contrato.

Ver: arts. 1041 C. italiano; 1431 del Anteproyecto de Bibiloni y 905 del Proyecto argentino de 1936. Sin antecedente en la legislaciónn anterior, salvo el C. de Proc. italiano. Trátase de una figura nueva del Derecho contractual, de origen germano-ítalo-francés, disciplinada por los compiladores del Código de 1942 en consideración a que, con harta frecuencia, para facilitar la conclusión de un contrato, especialmente en remate público, es necesario ocultar, por lo menos temporalmente, el nombre del verdadero interesado, que una vez conocido, ha de quedar investido de todos los derechos y de todas las obligaciones emergentes del contrato, con efectos retroactivos al día del acto (ver Gasca, La Compraventa Civil y Comercial, Nº 17, pág. 34).

Dado que la apuntada necesidad se presenta con igual repetición no sólo en Italia, sino también en cualquier otro país, juzgamos útil incorporar a nuestra legislación esta nueva figura del Derecho, cuya estructura se concreta en dos recíprocas manifestaciones de voluntad dirigidas a constituir una relación jurídica: 1º) la del estipulante que, al emitirla, engendra la relación en cabeza propia, pero enderezada por su intención a producir sus efectos en la esfera jurídica de otra persona, así como ésta sea revelada y siempre que ella acepte o ratifique el contrato; y 2º) la del amigo elegido, consistente en su aceptación del negocio concertado por el estipulante, hecha en la misma forma que las partes han usado para la celebración del contrato quien de esta suerte adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivadas del contrato, con efecto desde el momento en que éste fue estipulado.

Mucho es lo que se ha controvertido la naturaleza jurídica de este instituto, al que la doctrina germana llama **"declaración del comprador reservado"** y la francesa: **"contrat avec réserve de command"**.

Unos, fundados en la indeterminación del sujeto de la relación, y en el beneficio que éste puede obtener, han asimilado esta figura a la del contrato a favor de tercero, cuando éste es igualmente indeterminado.

Mas esta construcción no ha resistido a la crítica, pues, como bien lo explica Colagrosso, mientras en el contrato por persona que ha de nombrarse se está en una alternativa de sujetos, pues, se estipula para sí o para el amigo tapado, en el contrato a favor de tercero, cualquiera sea el comportamiento del tercero, el prometiente queda siempre contratante en nombre propio y es portador de un interés personal.

Otros hallan en el contrato que nos ocupa(cum amico electo aut eligendo) una aplicación de la representación o del negotiarum susceptio, en cuanto el estipulante sería un verdadero representante o un negotiorum gestor del amigo tapado

Tampoco esta teoría ha sido aceptada, porque mientras en el negocio por representación sus efectos se cumplen exclusivamente en relación al representado, en el nuevo instituto de persona a nombrar, el negocio queda en un estado de incertidumbre en tanto no sea nombrada la persona para quien se estipula el contrato. El negocio pertenece a éste, una vez nombrado, caso en el cual es representativo, o pertenece al estipulante y entonces el negocio es concluído en nombre propio.

Otros configuran el contrato que nos ocupa como negocio compuesto resultante de la conmistión de la representación y de la interposición de persona. Mas tampoco esta explicación ha sido aceptada, pues, si fuera representación produciría necesariamente sus efectos en favor y a cargo del representado, de donde viene que no ratificándose el negocio por el mandante sería nulo. Tampoco sería de interposición de persona porque el estipulante declara que contrata en favor de otra persona, con la reserva de revelar su nombre, pero que una vez revelada, déviene directamente titular de los derechos y de las obligaciones del contrato.

Se agrega que el contrato de persona a nombrar es concluído en interés propio del estipulante, de suerte que la reserva de su nombre funcionaría como condición resolutoria de los efectos ya producidos, y como condición suspensiva de la eficacia propia de la representación. Mas se objeta que en este caso la condición resolutoria no produciría el efecto propio de ella de restituír los bienes, objetos del contrato al prometiente, sino sólo el de substituír el estipulante por otra persona. Sería una condición resolutoria de efectos no objetivos, sino subjetivos. Colagrosso juzga que el negocio que nos ocupa refleja un contrato con determinación subjetiva en blanco, porque quien estipula por persona a nombrar, no obra exclusivamente en nombre de otro y menos en nombre propio, dada la reserva; pero da vida a un negocio cuyo titular deberá ser determinado. Dada la alternativa, inherente a la concentración subjetiva, y dada la circunstancia esencial de que la revelación del nombre de la persona para quien se contrata produce efectos retroactivos, el contrato se extiende inicialmente concluído o para el tercero a nombrar, o a falta de su nombramiento, para el estipulante.

Se trata, por consiguiente —agrega nuestro autor— de un negocio no condicionado, sino puro y simple, caracterizado en su origen por una alternativa personal, de la cual depende la existencia del verdadero sujeto de la relación, (ver autor y opus cits. Parte Generale, t. I, pág. 377; ss.; Giovene Achille, In Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, Commentario dirigido por D'Amelio y Finzi, t. I, pág. 572 y ss.; y Guy Flattet, Les Contrats pour le Compte D'Antrui).

Art. 1071. — La declaración de nombramiento debe ser comunicada a la otra parte dentro del término de tres días desde la estipulación del contrato, si las partes no hubieren establecido un término diferente.

La declaración no tendrá efecto si no fuere acompañada por la aceptación de la persona nombrada o si no existiera una procuración anterior al contrato.

Ver: art. 1402 C. Italiano. La declaración del nombre de la persona para quien el estipulante contrata produce la concentración personal de la alternativa de sujetos. Y esa declaración es recepticia, en cuanto fija quién sea el **dominus negotii**. Si esa persona no acepta, el negocio se considera concluído en nombre propio del estipulante. Si, por el contrario lo acepta, o se exhibe el mandato anterior al contrato, sus efectos se producen en cabeza de él.

Art. 1072. — La declaración de nombramiento o la procuración o la aceptación de la persona nombrada no tendrá efecto si no revistiere la misma forma que las partes han usado para el contrato, aunque no esté prescripta por la ley. Si en virtud del contrato se requiriese para determinados efectos, una forma de publicidad, deberá hacerse pública, a los mismos efectos, también la declaración de nombramiento con indicación del instrumento de la procuración o de la aceptación de la persona nombrada.

Ver: art. 1403 C. Italiano. La declaración de nombramiento es sólo un requisito legal destinado a dar **integridad** al contrato celebrado por el estipulante completándolo en lo que de él faltaba para formar un **unum corpus**. Otro tanto cabe decir de la exhibición del instrumento de procuración anterior al contrato, con que quedaría evidenciado que se contrató a nombre propio pero para el mandante. La acepiación de éste —si no mediase procuración— no sería una ratificación, porque el contrato, aun celebrado sin poder, no fue estipulado en nombre de otro, sino en nombre propio. Tampoco sería una confirmación, porque el contrato por persona a nombrar no estaría afectado de vicio alguno que fuese necesario hacer desaparecer. Siendo así, los doctrinadores italianos sólo lo consideran como un elemento **complementario** o integrativo del negocio original.
Actos sujetos a publicidad por su transcripción en los Registros son las compras de inmuebles, que al ser formalizados por ante Notario público deben reproducir la declaración de nombramiento o de la aceptación del tercero.

Art. 1073. -- Si la declaración de nombramiento se hubiere hecho válidamente, la persona nombrada adquirirá los derechos y asumirá las obligaciones derivadas del contrato con efecto desde el momento en que éste fue estipulado.

Las obligaciones nacidas del contrato por la declaración de nombramiento o por la aceptación de la persona así nombrada, es la consecuencia lógica y jurídica de la concentración de la alternativa de sujetos que caracteriza al negocio, con efecto retroactivo al día en que el contrato fue estipulado.

Art. 1074. — Si la declaración de nombramiento no se hubiese hecho válidamente dentro del término establecido por la ley o por las partes, el contrato producirá sus efectos entre los contratantes originarios.

Ver: art. 1405 C. Italiano. La responsabilidad del estipulante por omisión de la **electio** o por falta de la procuración o de la aceptación del amigo tapado, no es debida a título de resarcimiento por una culpa presunta, sino por efecto del particular mecanismo del instituto.

CAPITULO IX

De la cesión del contrato

Art. 1075. — Cada una de las partes podrá sustituir a sí misma un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubieren sido todavía ejecutadas, con tal que la otra parte consienta en ello.

Art. 1406 C. Italiano Hénos aquí ante una nueva figura contractual concebida por la doctrina germana (con el nomore de **Vertragübernahme**) y estructurada por los compiladores del C. Italiano de 1942 con la denominación de **cesión de contrato**, siquiera Carnelutti haya hecho notar que no cediéndose el **acto jurídico** (contrato básico) creador de relaciones jurídicas, sino sólo los derechos y las obligaciones, derivados de dicho acto, la denominación legal resulta impropia, de suerte que sería más exacta si dijera que es un **contrato de cesión de relaciones jurídicas.**
La introducción **ex novo** de esta figura contractual en el C. Italiano de 1942 fue impuesta por las necesidades diarias del tráfico, de un instrumento que permita realizar, como reza la definición de Andreoli, la llamada **circulación del contrato**, es decir, la transferencia del negocio a un tercero (cesionario), del conjunto de posiciones contractuales (entendido como resultante unitario de derechos y obligaciones orgánicamente interdependientes), constituída en la persona de uno de los originarios contratantes (cedente), de tal suerte que, a través de esa substitución del tercero en la posición de parte en el contrato, en lugar del

cedente, dicho tercero subentra en la totalidad de los derechos estipulado por el cedente (ver autor cit. La Cesión del Contrato, pág. 2, versión castellana de la Revista de Derecho Privado).
Concebidos en el Derecho moderno los contratos como **valores económicos**, idóneos para una determinada forma de circulación, el que nos ocupa ha tenido y tiene su mayor aplicación a la compraventa. Así, un comerciante de Asunción que contratando por correspondencia con un exportador estadounidense o europeo, le ha comprado mercaderías pagaderas contra la entrega de los documentos de embarque remitidos a un Banco para el cobro de la letra respectiva, en vez de recibir las cosas así adquiridas para revenderlas y entregarlas a su vez al adquirente posterior, se limita a ceder el contrato al tercero (cesionario), con realización de una ganancia por la diferencia de precio. Podría ocurrir que el importador no dispusiese de fondos para retirar las mercaderías de la Aduana, y ante la urgencia de pagar los derechos de importación y el importe de la letra girada a su cargo, prefiriese a la obtención de un crédito usurario, ejercer una actividad intermediaria, por la cesión o transferencia del contrato.
Se ha de prestar atención a la letra de nuestro artículo en cuanto faculta a una de las partes a sustituirse á sí misma por un tercero "**en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones recíprocas, si éstas no hubiesen sido todavía ejecutadas**", de donde se infiere:
1º que la cesión del contrato supone contratos bilaterales, con prestaciones recíprocas, porque como lo ha hecho notar la Exposición de Motivos, sólo por contratos de tal naturaleza puede transferirse un complejo unitario constituido por derechos y obligaciones de la parte cedente. En los **contratos unilaterales** sólo se puede ceder la posición de acreedor o de deudor. En virtud de tales contratos sólo puede suponerse una cesión de crédito (**ex contractu**) por parte del acreedor, o bien una sucesión a título particular en la deuda, como lo estatuye el art. 926 del presente Código, sobre asunción privativa de deuda.
2º que las prestaciones recíprocas estipuladas en el contrato básico no deben haberse cumplido, porque de haberlas cumplido una sola de las partes, vendría ésta a encontrarse en la posición exclusiva de acreedor frente a la contraparte que estaría en la posición exclusiva de deudor, con que faltaría la posibilidad de una cesión de contrato, y sólo podría hacerse una cesión unilateral de crédito o una sucesión particular en la deuda.
3º que permaneciendo vivo el contrato básico, como fuente reguladora del ulterior desarrollo de la relación, hasta que ésta quede agotada, el cesionario substituya al cedente en la misma fuente reguladora del desarrollo y de la ejecución de las relaciones antedichas, sometiéndose a ella de igual modo que lo estaba, antes de la cesión, el cedente.
4º que dado lo que antecede, el negocio de cesión, —agrega Andreoli— aunque transfiere al cesionario, objetivamente inmutados, los elementos activos **ex contractu** correspondientes ya al cedente en relación con el cedido, no altera objetivamente las obligaciones originarias **ex contractu** del cedido (obligaciones que solamente deberán ser cumplidas, a consecuencia de la cesión, en diferente dirección subjetiva); ni, menos aun, introduce eventuales obligaciones del cesionario respecto al mismo cedido.
5º Que subsistiendo inalterado el contrato básico entre los primitivos contratantes, el cedido está obligado a cumplir, respecto al cesonario, las obligaciones **ex contractu** constituidas originariamente en favor del cedente, en tanto cuanto que éste último, por su parte, cumpla o se ofrezca a cumplir respecto al cedido las inmutadas obligaciones a cargo del mismo cedente.
6º Que en las relaciones entre cesionario y deudor cedido, el primero se considera como único titular del crédito **ex contractu**, cuyo cumplimiento puede, por tanto, reclamar en el término del contrato básico (que le ha entregado el cedente en original o en copia), haciendo valer en su propio nombre las acciones pertinentes. Si el deudor cedido se declara incumplidor y responsable, por tanto, de los daños y perjuicios, éstos serán a favor del cesionario.
7º Que el eventual incumplimiento del cedente respecto al cedido, autorizaría a éste a oponer al cesionario la **exceptio inadimpleti contractus**, y en su caso, a actuar también para obtener la resolución del contrato base.
8º Que si en el contrato base se hubiese estipulado la cláusula resolutoria, podría el cedido invocarla y hacerlo saber al cedente y al cesionario, con todas sus consecuencias.
9º Que si el incumplidor fuese el cedente será responsable ante el cesionario de los daños y perjuicios que por esta causa sufriere, (ver Andreoli, opus cit. pág. 1 a 18; Colagrosso, opus cit. **Parte Generale**, t. I, pág. 387 a 393; Giovene Achille, **In opus cit.** t. I, pág. 581 a 586).

Art. 1076. — Si una de las partes hubiere consentido previamente que la otra sustituya a si misma un tercero en las relaciones derivadas del contrato, la sustitución será eficaz respecto de ella desde el momento en que le haya sido notificada o en que la haya aceptado.

Si todos los elementos del contrato resultaran de un documento en el que figure inserta la cláusula "a la orden" u otra equivalente, el endoso del documento producirá la sustitución del endosatario en la posición del endosante.

Ver: art. 1407 C. italiano. El consentimiento del contratante cedido, de tan capital importancia para que la sucesión jurídica contractual pueda tener lugar, aunque sea en la titularidad pasiva, de suerte a considerar al cesionario como el único contrayente del negocio original, puede ser sucesivo o preventivo, expreso o tácito, con tal que sea índice seguro de su voluntad de consentir en que el cesionario venga a ser el titular de la posición jurídica derivada del contrato originario.
En el artículo anterior ese consentimiento es sucesivo a la cesión del contrato. En el presente artículo es preventivo. Prestado en esta forma, la transferencia integral del contrato, con la substitución plena y definitiva del tercero, se perfecciona respecto al cedido desde el momento en que se le ha notificado, o de aquel en que la aceptó.
Al lado del consentimiento preventivo, la segunda parte de nuestro artículo provee una forma más rapida de transferencia del contrato por medio del endoso del documento a condición: 1º de que en él figuren todos los elementos del contrato; 2º de que lleve inserta la cláusula "a la orden", lo cual ocurrirá cuando sea indiferente la persona del endosatario.

Art. 1077. — El cedente quedará liberado de sus obligaciones hacia el contratante cedido desde el momento en que la sustitución resulte eficaz respecto de éste.

Sin embargo, el contratante cedido, si hubiere declarado que no libera al cedente, podrá accionar contra éste cuando el cesionario no cumpla las obligaciones por él asumidas.

En el caso contemplado en el parágrafo precedente, el contratante cedido

deberá dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los quince días desde que se verificó el incumplimiento; y no cumpliendo por su parte, estará obligado al resarcimiento del daño.

Ver: art. 1408 C. italiano. La presente disposición y las que la siguen disciplinan las relaciones nacidas de la cesión del contrato.
En este artículo se examinan dos de las hipótesis contempladas en el ordenamiento de la transferencia integral del contrato:
1º el de la liberación del cedente por efecto de la cesión perfeccionada en relación al contratante cedido, por el consentimiento de éste al negocio de la cesión, por virtud de la cual tiene lugar la integral transferencia de la relación contractual a la persona del cesionario y una integral salida del cedente del nexo contractual.
2º la cesión sin liberación del cedente, si el contratante cedido hubiese expresado en tal sentido su voluntad, caso en el cual podrá obrar contra el cedente si el cesionario no cumple con sus obligaciones.
La falta de liberación del cedente le sitúa en una posición distinta a la que ocupaba como parte del contrato básico, o sea responsable directo e inmediato de sus propias obligaciones. Ahora sólo lo es como garante de las obligaciones asumidas por el cesionario.
El in fine de nuestro artículo pone en este último supuesto a cargo del contratante cedido la obligación de dar noticia al cedente del incumplimiento del cesionario, dentro de los quince días siguientes, bajo pena de responder de los daños y perjuicios. El cedente puede tener interés en precaverse respecto del cesionario, en el caso de ser constreñido a pagar.

Art. 1078. — El contratante cedido podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones con el cedente, salvo que hubiera hecho expresa reserva de ellas en el momento en que consintió en la sustitución.

Ver: art. 1409 C. italiano. Viniendo el cesionario, por efecto de la cesión, a ser titular de todos los derechos transmisibles, de cualquier naturaleza que sean, derivados del contrato, y correlativamente sujeto de todas las obligaciones del contratante originario, se comprende que pueda él exigir la ejecución del contrato, y en caso de incumplimiento, su resolución, con resarcimiento del daño, y que el cedido pueda, a su vez oponerle todas las excepciones derivadas del mismo contrato, menos las excepciones personales al cedente, salvo que al consentir la transferencia del contrato, haya hecho reserva expresa en contrario.

Art. 1079. — El cedente queda obligado a garantizar la validez del contrato. Si el cedente asumiere la garantía del cumplimiento del contrato, responderá como fiador por las obligaciones del contratante cedido.

Ver: art. 1410 C. italiano. Perfeccionada la cesión, el cedente no tiene hacia el cesionario, ni derechos, ni obligaciones, ni aun la de garantía de ejecución del contrato cedido, de donde viene que conserve el derecho de obtener el precio estipulado de la cesión, aunque hubiese de faltar la ejecución del contrato.
Mas, nuestro artículo pone a cargo del cedente la obligación de garantizar la validez del contrato. No hace falta agregar que también está obligado a entregar al cesionario el instrumento del que conste el contrato cedido. Libre es él de asumir la posición del fiador de las obligaciones del contratante cedido.

CAPITULO X

De los contratos a cargo o a favor de terceros

Art. 1080. — El contrato celebrado a nombre propio, por el que se prometa la prestación de un tercero, será obligatorio si el prometiente hubiere garantizado la ratificación o el cumplimiento por parte de aquél. En la duda, se entenderá que sólo fue garantizada la ratificación. Prestada ésta, las relaciones entre el estipulante y el tercero, serán juzgadas como si el contrato se hubiera ajustado directamente entre ellos.

Ver: arts. 1354 del Anteproyecto de Bibiloni; 843 del Proyecto de 1936; 1163 y 1177 C. argentino; 1120 C. francés; 1450 C. chileno; 1507 C. colombiano; 1506 C. ecuatoriano; 1257 C. uruguayo; 1165 C. venezolano; 1802 C. mexicano; 1026 y 1027 C. costarricense; 1257 C. español; 2440 C. nicaraguense; 1337 C. peruano; 1428 C. guatemalteco; 111 C. Federal suizo de las Obligaciones; 46 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 91 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 268 del C. de la República de China.
En la extensa apostilla con que Bibiloni fundamenta el art. 1354 de su Anteproyecto juzga, coincidente con los glosadores del C. francés, que el hecho sólo de prometer la prestación de un tercero, no obliga, razón por la cual decide que para quedar ligado, debe constituirse en garante de la aceptación o ratificación del tercero, salvo que expresamente se haya constituído en garante del cumplimiento. Mas, omitió Bibiloni la sanción a que el prometiente queda expuesto si el tercero ni ratifica la promesa hecha sin mandato a su cargo, ni cumple la prestación, como lo deciden los arts. 111 del C. Federal suizo de las Obligaciones; el 46 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; el 91 del Código de las Obligaciones de Polonia; el 268 del C. Civil de la República de China; el 1450 del C. chileno y sus imitaciones. El artículo que sigue, repara esta sensible omisión.

Art. 1081. — Si en el caso del artículo anterior, el tercero se niega a ratificar la promesa hecha sin mandato a su cargo, o no cumple la pres-

tación prometida, el prometiente deberá indemnizar daños y perjuicios al estipulante.

Siendo de derecho la garantía de la ratificación, la indemnización se deberá por incumplimiento de esta obligación. Se la deberá igualmente por incumplimiento de la prestación, si el prometiente lo garantizó expresamente en el contrato.

Art. 1082. — El que obrando en su propio nombre estipule una obligación en favor de un tercero tiene el derecho de exigir su ejecución en provecho de ese tercero.

El tercero o sus habientes derechos pueden también reclamar directamente del deudor, salvo convención en contrario, la ejecución de la prestación.

Desde el momento en que el tercero ha declarado al estipulante o al deudor que quiere usar de su derecho, no podrá el estipulante liberar al deudor.

El deudor puede oponer al tercero las excepciones resultantes del contrato.

En caso de revocación de la estipulación, o de negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultare de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato.

Ver: sobre los tres primeros parágrafos, ver los arts. 112 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 92 del C. de las Obligaciones de Polonia; 328 y 334 C. alemán; 1121 C. francés; 45 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 269 del C. Civil de la República de China; 1411 parág. 1º y 2º C. italiano; 1098 C. brasileño; 504, 1161 in fine y 1162 C. argentino; 1449 C. chileno; 1256 C. uruguayo; 1257 segunda parte C. español; 1506 C. colombiano; 1505 C. ecuatoriano; 2439 parág. 2º C. nicaraguense; 1356 del Anteproyecto de Bibiloni y 844 del Proyecto argentino de 1936; 45 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, y lo que acerca de esta materia dejamos explicado bajo los Nºs 324 a 343 de nuestro Tratado de las Obligaciones.
Sobre el parágrafo 4º, ver el parág. 3º del art. 1411 del C. italiano.
El parág. 1º del art. 1411 del C. italiano subordina la atribución contractual de un derecho a favor del tercero a la condición de que el estipulante tenga un interés en ello. Mas este requisito, expreso en este precepto, es implícito en los arts. 112 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 328 del C. alemán; 92 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 269 del C. Civil de la República de China; 1098 del C. brasileño; 1356 del Anteproyecto de Bibiloni, porque sabe a ociosidad decir que el estipulante haya de tener interés, cuando sin interés no hay acción, y el que falto de interés estipulare una obligación en favor de un tercero, se expondría a ver anulado el contrato. Mentecato sería el que sin interés en que la estipulación se cumpla o ejecute, se haga prometer una prestación en favor de otro, porque aplicada esta singular figura contractual a una estipulación a favor de sí mismo, o a una donación con que se favorece a otro, sólo es explicable en razón del interés del estipulante en ver ejecutada la prestación a cargo del prometiente. Todas las pólizas de seguro encierran una estipulación en favor de otro.
El interés del estipulante puede no ser patrimonial, como lo preceptúa el art. 796 de este Código. Bastaría que su interés fuese de mera afección, como en la hipótesis de que yo os vendiera mi casa en ₲s. 1.000.000 y estipulara de vos que pagaríais a mi madre una renta vitalicia de ₲s. 100.000 anuales. (Ver: Rossel, opus cit t. I, Nº 236, pág. 167; confrontac.: Pachionni, Los contratos a favor de terceros, versión castellana de Osset, Madrid; Bernard G., **Essais sur les stipulations pour autri**, París, 1844).
Y es así como se explica la parte **in fine** de nuestro artículo, según la cual "**en caso de revocación de la estipulación, o de negativa del tercero a aprovecharse de ella, la prestación quedará a beneficio del estipulante, salvo que otra cosa resultare de la voluntad de las partes o de la naturaleza del contrato**", porque lo han dicho los compiladores del C. italiano de 1942 en su **Relazione**, "el interés en la estipulación es de regla el del estipulante, en cuanto plerumque accidit la prestación a favor de un tercero es una simple modalidad de la debida al estipulante".

Art. 1083. — En defecto de cláusulas especiales, se determinará, según las circunstancias y objeto del contrato, si el tercero adquiere derechos, y bajo qué condiciones, y si queda reservada a los contratantes la facultad de modificar o suprimir el derecho del tercero sin su asentimiento.

Ver: arts. 1357 del Anteproyecto de Bibiloni; 845 del Proyecto argentino de 1936 y su fuente: art. 328 parág. 2º del C. alemán. Viene esta disposición vinculada a la concepción que de esta clase de contratos se han formado los compiladores del C. alemán, según los cuales el contenido y la extensión del derecho pueden ser sometidos a las más diversas condiciones: y es así cómo puede el derecho ser revocable. Explicando este punto Saleilles, Bufnoir, Challamel, y demás traductores del C. alemán al francés, enseñan que el punto capital será saber si las partes han querido o no hacer que el tercero adquiera directamente un derecho. Existen, —agregan— en virtud de usos tradicionales, ciertos contratos respecto de los cuales, la solución no es dudosa, como en materia de seguros de vida, de constitución de renta en provecho de un tercero. Criterio general de interpretación del contrato es que todas las veces que el interés del tercero aparezca, según la naturaleza de la convención, como el motivo dominante de la operación, debe entenderse que hay atribución directa del derecho al tercero. Ocurriría lo contrario por ejemplo si la víctima de una ofensa estipulara del ofensor una ofrenda dedicada a un establecimiento de beneficencia. En este caso, el interés de los pobres no sería el motivo dominante del contrato. Mas si el que vende un caballo estipula del comprador una propina a beneficio del caballerizo, evidente es que la promesa es estipulada a su favor. Tal es el sentido de nuestro artículo, según el cual, en defecto de cláusulas especiales, debe atenderse a

las circunstancias y al objeto de la estipulación para establecer o determinar si el tercero adquiere o no derechos, y si queda reservada a los contratantes la facultad de modificar o suprimir el derecho del tercero, sin su consentimiento.

Art. 1084. — El estipulante puede reservarse el derecho de substituir al tercero designado en el contrato, independientemente de la anuencia del otro contratante.

Tal substitución puede hacerse por actos entre vivos o por disposición de última voluntad.

Ver: art. 1100 C. brasileño; 332 C. alemán. Si la substitución se hace por disposición de última voluntad, la suma a que el substituto tiene derecho no es un legado ni hace parte de la sucesión del estipulante. El beneficiario tiene derecho a ella en virtud del contrato primitivo, aunque la substitución sea hecha por testamento (Bevilaqua, opus cit. t. IV, pág. 267).

Art. 1085. — Si la prestación debiese ser efectuada al tercero después de la muerte del estipulante, podrá éste revocar el beneficio aun mediante disposición testamentaria y aunque el tercero hubiera declarado que quiere aprovecharlo, salvo que, en este último caso, el estipulante hubiere renunciado por escrito a su poder de revocación.

La prestación deberá ser efectuada a favor de los herederos del tercero si éste muriere antes que el estipulante, con tal que el beneficio no haya sido revocado o que el estipulante no haya dispuesto de otro modo.

Ver: arts. 1412 C. Italiano; 331 C. alemán; 1360 del Anteproyecto de Bibiloni; 847 del Proyecto argentino de 1935. Bibiloni juzga qu si el favorecido falleciese antes que el estipulante, su derecho se desvanecería No estaría en su patrimonio, y sus herederos no lo habrían recibido. (ver su nota al art. 1360 de su Anteproyecto, t. II, pág. 213). Mas los compiladores del C. Italiano de 1942 han entendido que si el beneficiario muriese antes que el estipulante, debe la prestación cumplirse a favor de sus herederos, porque si el estipulante no hubiese querido que los beneficios de su estipulación se extendiesen a dichos herederos, habría manifestado una diversa voluntad, sea revocando el beneficio o limitando su atribución a la persona del beneficiario fallecido.

Art. 1086. — Si en un contrato de seguro sobre la vida, o de constitución de renta vitalicia se ha estipulado a favor de tercero, el pago de la suma asegurada o de la renta, se admitirá en la deuda, que éste adquiere directamente el derecho a la prestación. Lo mismo se decidirá en caso de donación con cargos a favor de tercero, y de contratos onerosos de adquisición de bienes en que se han impuesto prestaciones a beneficio de otro, en liberación de las obligaciones del adquirente.

Ver: arts. 1359 del Anteproyecto de Bibiloni y 846 del Proyecto argentino de 1936. Ver su fuente: art. 330 C. alemán.

Art. 1087. — El tercero puede repudiar el beneficio estipulado a su favor. Su repudiación es irrevocable y desvanece su derecho a la prestación como si nunca hubiera existido. Mas esta facultad se pierde por la aceptación expresa o tácita.

Ver: arts. 1362 del Anteproyecto de Bibiloni; 849 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1088. — El prometiente puede oponer al tercero todos los medios de defensa y excepciones que nacen del contrato, pero no las fundadas en otras relaciones entre el prometiente y el estipulante.

Ver: arts. 1413 C. Italiano; 1363 del Anteproyecto de Bibiloni; 850 del Proyecto argentino de 1936; 334 C. alemán.

CAPITULO XI

Del contrato de opción

Art. 1089. — La opción es un contrato por virtud del cual el propietario de un bien o derecho patrimonial, que es el oferente, se obliga por

tiempo fijo, con otra persona, que es el optante, a otorgar con él o con la persona que éste designe, un contrato determinado, con los pactos, términos, cláusulas y condiciones que consten de la opción.

En el mismo documento contentivo de la opción deberá figurar la aceptación del optante.

Serán requisito de la opción los mismos del contrato definitivo a que ella se refiera.

Una vez otorgado el contrato de opción podrá ser revocado por el optante, antes de que venza el plazo estipulado o el legal en su caso.

El optante no podrá ceder a un tercero su derecho de opción. Si la opción recayere sobre bienes inmuebles y constare en escritura pública, será anotable en el Registro de la Propiedad.

Ver: art. 1º del Decreto-ley cubano Nº 882 del 19 de febrero de 1935.

En el presente artículo se contempla la promesa aceptada a la cual las antiguas escuelas llamaron de **contrahendo, sive de** Ineundo contractus, y los autores modernos llaman indistintamente: **obligación precontractual, o antecontrato, o contrato preliminar o preparatorio,** y el Decreto-Ley cubano Nº 882, a inspiración de Angel Ossorio, le llama: **contrato de opción,** materia de que tratamos bajo los Nºs 370 a 379 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, pág. 309).

Aplicada esta figura a preparar una compraventa, es llamada por Gasca: promesa de venta (ver autor cit. La Compraventa civil y comercial. t. I, Nºs 189 y 190, pág. 242 de la versión castellana de Santa Cruz Teijeiro).

Bajo la influencia de la distinción que hace Pothier entre el contrato de venta y la promesa de venta (Oeuvres, t. III, **Traité du Contrat de Vente,** Nºs 476 a 478, pág. 190 y ss., 2ª edición), y de lo enseñado acerca de esta materia por Baudry Lacantinerie y Saignat (**De la Vente et de L'Echange,** Nºs 63 a 78, pág. 46 y ss., 3ª edición), por Laurent (**Principes de Droit Civil,** t. XXIV, Nº 8 y ss., pág. 11 y ss.), por Hamel y Perreau, in Planiol y Ripert, **Traité Pratique de D. Civil Francais,** t. X, Nº 174, pág. 183), auspicia Bibiloni el art. 1429 de su Anteproyecto según el cual: "**La convención unilateral por la cual una persona se obliga a comprar o a vender a la otra contratante bienes dados por un precio ya determinado, en el caso que ésta lo requiriese, es obligatoria. Debe ser hecha por escrito y expresar las condiciones enunciadas (en la definición del contrato de compraventa), bajo pena de nulidad. etc.**". Aceptado este artículo por la Comisión Argentina de Reformas del Código, es el art. 903 del Proyecto de 1936.

A nuestro parecer, este precepto, por el que se consagra la validez de la promesa unilateral de vender un bien hecha por el prometiente y aceptada por el accipiens, no pasa de ser sino una de tantas aplicaciones de la promesa de contrahendo que, siendo general, no tiene por qué aparecer bajo el Título de la Compraventa, sino bajo el del Contrato de opción que se disciplina en el presente Capítulo.

Nuestro artículo, como su fuente, admite la opción directa y la mediata o mediatoria, que tienen lugar: la primera cuando quien recibe la opción se reserva la facultad de deliberar si adquiere por sí y para sí el bien en venta; y el segundo, cuando quien recibe la opción es un intermediario que busca el privilegio para colocar la mercancía en manos de tercero.

El prometiente se obliga a abstenerse de enajenar durante cierto tiempo a toda persona que no sea el optante (ver Eduardo Rafael Núñez y Núñez, El Contrato de Opción, pág. 22 y ss.).

En cuanto a la incesibilidad de la opción, nos ajustamos del modelo cubano y seguimos lo esbozado en el art. 1353 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de Angel Ossorio.

Art. 1090. — La opción que recaiga sobre inmuebles y conste en escritura pública se inscribirá en el Registro de la Propiedad al margen de la toma de razón del título de dominio del propietario del bien raíz, objeto de ella, con carácter de anotación preventiva.

Esta anotación, durante su vigencia, será preferente a todo derecho real o personal que se anote o inscriba con posterioridad en relación al mismo inmueble, aunque se trate de derechos nacidos antes de efectuarse la anotación de la opción.

Ver: art. 5º del Decreto-Ley cubano Nº 882. La inscripción de la opción en el Registro de la Propiedad mira a publicarla respecto de terceros, de modo que si el propietario del bien raíz u oferente que al conferirla se obligó implícitamente a no hacer nada durante su vigencia que pueda interferir los derechos del optante o de la persona que él designe, dispusiera del mismo bien en favor de otro, o constituyera sobre el bien de que se trata derechos reales o personales, no se perjudique el optante a quien la opción ha podido costar la inversión de una suma de dinero para conseguirla.

Art. 1091. — El Encargado del Registro de la Propiedad deberá, al otorgar certificado de no gravamen, mencionar toda anotación de contratos de opción que consten en los Libros a su cargo relativos al bien raíz sobre cuyo estado de libertad se solicite aquel certificado.

Art. 1092. — El oferente puede transmitir o gravar como guste el bien raíz, objeto de la opción, pero el adquirente o titular del derecho real que lo grave, vendrá obligado a respetar en sus propios términos el contrato de opción.

Ver: arts. 1355 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de Angel Ossorio y 3º del Decreto-Ley cubano Nº 882.

Si el dueño de la cosa —dice a este propósito don Angel Ossorio—, ha engañado al tercero que con él contrata, ventilen entre ellos las diferencias pero dejen en paz al optante que estaba en la plenitud de su derecho y que no tiene nada que ver con lo que los otros dos tratarán. Naturalmente, hay que dejar a salvo los bienes que constan en Registros Públicos, pues, el que contrata sobre ellos lo hacen siempre bien si contrata con arreglo al Registro y no tiene nada que ver con lo que en él no consta. (ver autor y opus cits. nota al art. 1355 de su Anteproyecto).

Art. 1093. — Tanto el optante como el oferente podrán constreñir por vía de acción al otro para que otorgue el contrato definitivo al cual el de opción se refiere.

Art. 1094. — Cualquiera sea la naturaleza de los bienes que constituyen el objeto del contrato de opción, la obligación del oferente será juzgada, en caso de incumplimiento, como obligación de no hacer, y la del optante por las leyes que disciplinan las obligaciones estipuladas para el contrato definitivo, a que el de opción se refiera.

TITULO IV

DE LOS CONTRATOS SINGULARES

DE LA COMPRAVENTA

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1095. — La compraventa es el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir al comprador la propiedad y la posesión de una cosa determinada con valor en sí, a cambio de un precio cierto en dinero que éste se obliga a pagarle con admisión de la entrega de la cosa vendida.

Si el objeto del contrato es un derecho patrimonial, el vendedor se obliga a transmitirlo al comprador, y si el derecho implica posesión, a transferírsela.

Salvo convención en contrario, el vendedor y el comprador están obligados a cumplir simultáneamente sus obligaciones.

Ver: arts. 433 C. alemán; 184 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1470 C. italiano; 294 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 345 C. Civil de la República de China; 1428 del Anteproyecto de Bibiloni; 902 del Proyecto argentino de 1936. Queda así corregida la definición del art. 1323 del C. argentino, el que, por venir inspirado en sólo los arts. 1582 y 1591 del C. francés, omite referirse a los **derechos patrimoniales**, que también pueden ser objeto de la compraventa, con el agravamiento de las contradicciones en que Vélez Sarsfield incurrió acerca de la noción de "cosa", diciendo en su apostilla al art. 1327 ser extensiva a los **derechos** o **cosas incorporales**, y lo contrario en su nota al art. 2311, tal como muy atinadamente lo observa Bibiloni al pie del art. 1428 de su Anteproyecto. (t. II, pág. 266, edición Kraft).

La definición del art. 1582 del C. francés tuvo su explicable difusión al favor del prestigio que hasta 1900 logró ganar al ser adoptado por Holanda, Bélgica o copiado con modificaciones por Italia. Y es así como puede vérsela en los arts. 1544 del C. portugués; 1445 del C. español; 1053 del C. austriaco; 2414 del C. de Luisiana; 1447 del C. italiano de 1865; 1122 del C. brasileño; 1793 del C. chileno; 1661 C. uruguayo; 1474 C. venezolano; 1003 C. boliviano; 1383 C. peruano; 1849 C. colombiano; 1852 C. ecuatoriano; 2530 C. nicaraguense; 1605 C. hondureño; 1476 C. guatemalteco; 1049 y 1053 C. costarricense; 323 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1971 del **Esboço** de T. de Freitas. De los códigos americanos, el único expresamente referido a los **derechos patrimoniales**, como objeto del contrato de compraventa, es el de México, art. 2248.

La aparición del C. alemán introdujo en la clásica definición francesa de la compraventa la variante de la promesa de transferir al comprador un **derecho patrimonial**, trasegada al C. italiano de 1942, al C. Federal suizo de las Obligaciones, al C. de las Obligaciones de la República de Polonia, al C. Civil de la República de China y al C. de México.

No hace falta agregar que el contrato de compraventa no hace adquirir al comprador el dominio de la cosa o derecho vendido por el mero consentimiento de las partes. La adquisición contractual del dominio de nuestro Derecho se condiciona a la **tradición**, que el vendedor está obligado a hacer a favor del comprador por la transferencia de la posesión de la cosa o del derecho que la implicase. El contrato sólo engendra una obligación de dar.

Art. 1096. — Las reglas de la compraventa se aplicarán subsidiariamente:

1º A la expropiación por causa de utilidad pública.
2º A la realización de bienes por efecto de sentencia o de concurso.
3º A la dación en pago. Quien la efectuare quedará obligado como vendedor. En cuanto a la deuda, regirán las disposiciones del título del pago. Se aplicarán asimismo, en su caso, las normas del enriquecimiento sin causa.

Ver: arts. 1324 y 1325 C. argentino. Sobre el inciso 1º ver: arts. 545 C. francés; 544 C. holandés; 489 C. de Luisiana; 834 del C. italiano; 2171 C. portugués; 492 C. uruguayo; 547 C. venezolano; 290 C. boliviano; 831 C. mexicano; 590 C. brasileño; 617 C. nicaraguense; 851 C. peruano etc.
Sobre el inc. 2º, ver: art. 1972 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas.
Sobre el inc. 3º, ver: 1974 del Esboço de T. de Freitas.
Y sobre todo el precepto, los arts. 1430 del Anteproyecto de Bibiloni y 904 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO II

De los que pueden comprar y vender

Art. 1097. — Quedan excluídas de la prohibición del art. 184 las adjudicaciones de bienes que por liquidación voluntaria o judicial de la comunidad se hagan los esposos, en pago de aportes o de la cuota de uno de ellos.

Ver: art. 1358 C. argentino; 1982 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1452 del Anteproyecto de Bibiloni y 906 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Omitimos referirnos a los menores emancipados, sujetos a la prohibición del art. 197 del presente Código.

Art. 1098 — No pueden ser compradores ni siquiera en subasta pública, ni directamente ni por personas interpuestas:
1) Los albaceas, de los bienes de la testamentaría que estuvieren a su cargo.
2) Los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender por cuenta de sus comitentes.
3) Los empleados públicos, de los bienes del Estado, o de las municipalidades, o de entes autónomos de Derecho público, de cuya administración o venta estuvieren encargados.
4) Los jueces, abogados, fiscales, defensores de incapaces y ausentes, procuradores, escribanos, y peritos de toda clase, de los bienes, que hubieren estado o estuvieren actualmente en litigio ante el juzgado o tribunal ante el cual ejercieren o hubiesen ejercido su respectivo ministerio.
5) El Presidente de la República, sus ministros, de los bienes del dominio del Estado o de cualquier ente autónomo de Derecho público que fueren ofrecidos en venta.

Ver: arts. 1361 C. argentino; 1596 y 1597 C. francés; 1562 C. portugués; 1471 C. italiano; 1505 C. holandés; 2422 C. de Luisiana; 1459 C. español; 1133 C. brasileño; 456-458 C. alemán; 1797-1798 C. chileno; 1678 y 1679 C. uruguayo, 1015-1016 C. boliviano; 2276 y 2280 C. mexicano; 1068 C. costarricense; 1397 C. peruano; 1853 y 1854 C. colombiano; 1856 y 1857 C. ecuatoriano; 2565 C. nicaraguense; 1618 C. hondureño; 1517 C. guatemalteco; 332 y 333 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1983 y 1771º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1099. — Se exceptúa de lo dispuesto en los incisos 1) y 4) del artículo anterior, la venta o cesión de acciones hereditarias, cuando sean coherederos las personas mencionadas, o de cesión en pago de créditos, o de garantías a que estén afectados bienes de su propiedad.

Ver: arts. 2277 C. mexicano; 2565 inc. 5º del C. nicaraguense.

Art. 1100. — Los padres, tutores y curadores, pueden adquirir los bienes de su hijos y pupilos o de los incapaces, cuando en ellos tuvieren derechos como partícipes en la propiedad, o usufructo, o los tuvieran

como acreedores hipotecarios por título propio, o por subrogación legal, y la venta hubiere sido dispuesta por juez competente, con la intervención de un tutor especial, nombrado antes de disponerla, y del Ministerio de Menores.

Ver: art. 1454 del Anteproyecto de Bibiloni; 907 del Proyecto argentino de 1936 autores por Bibiloni en la nota al primero de estos preceptos.

CAPITULO III

De los bienes vendidos

Art. 1101. — Pueden venderse los bienes presentes y los futuros, que están en el comercio.

En la venta que tiene por objeto una cosa futura, la adquisición de la propiedad tendrá lugar tan pronto como la cosa llegue a tener existencia. Si el objeto de la venta son los árboles o los frutos de un fundo, la propiedad se adquirirá cuando los árboles sean cortados o los frutos sean separados.

Si las partes no han querido concluir un contrato aleatorio, la venta será nula si la cosa no llega a tener existencia.

Ver: sobre el parág. 1º, los arts. 1327 C. argentino; 1130 parág. 1º C. francés; 1881 parág. 1º C. de Luisiana; 1378 C. holandés; 1558 C. portugués; 1813 C. chileno; 1658 y 1671 C. uruguayo; 1866 y 1869 C. colombiano; 1869 y 1872 C. ecuatoriano; 2566 y 2571 C. nicaragüense; 1059 C. costarricense; 1509 y 1511 C. guatemalteco; 1395 C. paruano; 1989 Inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 26 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; Pothier, **Traité du Contrat de Vente**, In Oeuvres, t. III, Nº 5, pág. 5, pág. 3; Garca, opus cit. Nos. 250 a 252, pág. 295, versión castellana.

La venta de cosa futura, como la cosecha del año venidero, que todavía no existe, pero que puede existir, es subordinada en su validez a la condición de que lleguen a existir, a menos que el comprador haya tomado a su cargo los riesgos da su existencia, caso en el cual la compra será aleatoria.

Sobre la segunda parte de nuestro artículo, ver el art. 1472 del C. italiano.

La naturaleza condicional de la venta de cosa futura se halla bien definida en la segunda parte de nuestro artículo en cuanto preceptúa que la adquisición de la propiedad tendrá lugar tan pronto como la cosa llegue a existir. Concuerda esta disposición con lo estatuido por el parágrafo 2º del art. 1040 del presente Código.

Lo que sigue en relación a la venta de los árboles o frutos de un fundo, contempla un contrato sobre cosas existentes, pero que sólo adquieren individualidad de cosa cierta, después que los árboles son descuajados y los frutos arrancados, porque vendiéndose el inmueble o la finca en que los árboles están enraizados sin hacerse mención de ellos, seguirán en la venta la suerte del suelo al cual acceden.

Art. 1102. — Si en el momento del contrato la cosa debida no era de propiedad del vendedor, éste está obligado a procurar su adquisición al comprador.

Este adquirirá el dominio de la cosa así como el vendedor obtenga la ratificación del propietario, o venga a ser ulteriormente su sucesor universal o sucesor singular de la cosa vendida, y haya hecho tradición de ella al comprador.

La venta de cosa ajena era válida en el Derecho romano. Un texto atribuido a Ulpiano dice: "**Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est; nam emptio est et venditio, sed res emptori auferri potest**" (Dig. Lib. XVIII, ley 28, **Ulpianus** lib. 41 **ad Sabinum**), o en romance: No hay duda de que se puede vender una cosa que pertenece a otro: porque en este caso hay una verdadera venta, sólo que el comprador puede ser evicccionado. (ver: **Les Cinquante Livres du Digeste ou Des Pandectes de L'Empereur Justinien**, t. II, pág. 543, la versión francesa de Hulot, edic. París, 1804).

Pothier para quien la venta no consiste en la traslación de la propiedad de la cosa vendida, y para cuya validez bastaba con que el vendedor se haya válidamente obligado, a hacerle adquirir la cosa al comprador, siquiera no estuviese en su poder cumplirla, por la negativa del propietario a consentir la venta, fundado en aquel texto de Ulpiano sostuvo que no sólo se puede vender la cosa propia, sino también la ajena, sin el consentimiento del propietario (ver autor cit, **Traité du Contrat de Vente**, In **Oeuvres**, t. III, Nº 7, pág. 4). Glosando Bugnet este pasaje de la obra de Pothier, admite que la decisión de éste sea concebible en tanto no implique traslación del dominio, o sea desde que suponga que la intención del vendedor no es la de **enajenar**, ni la del comprador la de **adquirirlo incontinenti**, pero no en una legislación (como la francesa) que parece haber confundido **vender** y **enajenar**, **comprar** y **adquirir** (al menos cuando se trata de cuerpo cierto), y que declara nula la venta de otro (ver nota 3, en la pág. ya indicada).

En efecto, el art. 1599 del C. francés preceptúa que: "**La venta de la cosa de otro es nula; puede dar lugar a daños e intereses, cuando el comprador ignora que la cosa fuese de otro**", lógica consecuencia de lo dispuesto en su art. 1583 según el cual: "**Es perfecta** (la venta) **entre las partes, y la propiedad queda adquirida de derecho por el comprador, respecto del vendedor, desde el momento en que se conviene en la cosa y el precio, aunque la primera no se haya entregado ni pagado el segundo**".

Mas, Vélez Sarsfield, olvidando que por el art. 577 de su Código había consagrado el principio según el

cual: "**Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real**", en vez de aplicar a la venta de cosa ajena la regla romana, tal como lo estatuyó por el art. 453 del C. de Comercio, consagró por el art. 134 de su Código la regla del art. 1599 del C. francés, inspirado en un principio radicalmente opuesto al del art. 577 del C. argentino.

El art. 1599 del C. francés pasó a ser el 1459 del C. italiano de 1865, ya abrogado; el 2427 del C. de Luisiana; 1555 del C. portugués; 2270 del C. mexicano; 1483 del C. venezolano; 1018 del C. boliviano; 1394 del C. peruano. Mas no así a los códigos que en este punto se apartaron del francés: arts. 1815 del C. chileno; 1669 C. uruguayo; 1871 C. colombiano; 1874 C. ecuatoriano.

Nuestro artículo supone que el comprador sabía que el vendedor no era dueño de la cosa que se le vendía, no obstante lo cual, repute válida la venta, porque estando el vendedor obligado a transferirle la propiedad y posesión de la cosa, debe cumplirla, procurando la ratificación del propietario, bajo pena de que en el caso de no cumplirla, podrá el comprador demandar la resolución del contrato, de conformidad con lo preceptuado por el art. 1066 in fine del presente Código, con resarcimiento del daño.

Claro está que esta decisión sólo se aplicará a la vena de cosa cierta y determinada, y á la venta de inmuebles, pero no a la de cosas genéricas, como los propios intérpretes del art. 1599 del C. francés lo han entendido, y a su imitación los italianos (ver Gasca, opus cit. Nº 335, pág. 410).

En efecto, en el comercio diario es indiferente que el comprador sepa o ignore que la cosa mueble que se le vende, es o no propia del vendedor, siempre que éste no sea persona sospechosa que no acostumbra vender cosas semejantes, o que no tenía medios o capacidad para adquirirlas, como lo preceptúa el art. 2771 del C. argentino.

Si el comprador no sabía que la cosa no era propia del vendedor, sabía en cambio que al obligarse ésta a su favor a hacerlo propietario de ella, debía cumplir su obligación, so pena de ver resuelto el contrato y ser condenado a indemnizarle los daños y perjuicios.

Siendo el comprador ignorante de si el vendedor era o no propietario de la cosa mueble, sería un típico comprador de buena fe contra quien no sería admisible la acción reivindicatoria del propietario porque su posesión de buena fe se fundaría en un título de adquisición.

Estas consideraciones movieron a los compiladores del C. italiano de 1942 a dictar el art. 1478, que nosotros trasegamos a nuestro art. 1102.

Art. 1103. — El comprador puede demandar la resolución del contrato si, al tiempo de concluirlo, ignoraba que la cosa no era de propiedad del vendedor, y, si, en el entretanto, éste no le ha hecho adquirir su propiedad.

El vendedor está obligado en este caso a restituir al adquirente el precio pagado, aun cuando la cosa haya disminuido de valor o se haya deteriorado; debe además reembolsarle los gastos y los pagos hechos legítimamente por el contrato. Si la disminución de valor o el deterioro es imputable a culpa del comprador, se detraerá del monto indicado la utilidad que éste ha obtenido.

El vendedor está obligado además a reembolsar al comprador los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho en la cosa y, si era de mala fe, también los gastos suntuarios.

Ver: art. 1479 C. italiano, literalmente reproducido en este caso, salvo la substitución de la acción de resolución del contrato por el de anulación en razón del error padecido por el comprador al adquirir del vendedor una cosa que éste le vendía, como si fuese propia, en la creencia sin duda alguna de que no era ajena. El artículo sólo menciona la ignorancia del comprador. Mas, como lo dejamos explicado en la nota al art. 521, **la ignorancia**, que es la ausencia de toda noción, está equiparada al error, como noción falsa de la realidad. Y siendo la ignorancia o error un vicio de la voluntad, causa de anulabilidad de los actos jurídicos, entendemos, contra lo que dispone el art. 1479 del C. italiano, que la acción que corresponde promover en este caso, no es la de mera resolución del contrato, sino de anulación, tal como lo esboza Bibiloni en el art. 1433 de su Anteproyecto y así también lo entendieron los compiladores del Proyecto argentino de 1936, según así resulta del texto expreso de su art. 911.

Nos apartamos de estas dos obras legislativas argentinas, porque refiriéndose los mencionados preceptos: 1433 del Anteproyecto y 911 del Proyecto de 1936, a la venta de cosa ajena, como propia, confieren la acción de anulación tanto al vendedor, como al comprador, **antes de la entrega de la cosa**, sin consideración a la buena fe del comprador o del vendedor, y **después de la entrega**, si ambos fuesen de buena fe, como si el vendedor que a sabiendas de no ser propietario de la cosa la ofrece, como propia, pudiese cohonestar su falsedad con la alegación de su error y de haber habido razón para errar, ni menos entregar la cosa al comprador, haciéndole tradición de lo vendido. Aun estando la tradición al alcance del vendedor, ella no podría hacer adquirir el dominio al comprador, sin la ratificación del propietario, o sin devenir su heredero a título universal o su sucesor a título singular, porque **nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet**, tanto que por aplicación del art. 787 del C. argentino: "**El que de buena fe recibió en pago una cosa raíz, la hubiese enajenado por título oneroso o por título lucrativo, el que hizo el pago puede reivindicarla de quien la tuviese**". La enajenación hecha por el que no es propietario, —agrega la nota— no hace propietario al que la adquiere.

Tales son las razones por las cuales la obligación de resarcimiento del daño a cargo del que vendió la cosa ajena, como propia, a un comprador ignorante de ello, no varía en razón de la buena fe del vendedor. En cambio, nuestro artículo toma en cuenta la buena fe del comprador paciente de error sobre la propiedad de la cosa. Este vicio de su voluntad le exime de culpa por la desvalorización o deterioro de la cosa recibida, aunque sean causadas por hecho propio, como lo estatuye el art. 2037 del C. italiano, con el que ofrece analogías el art. 786 del C. argentino y el argumento a contrato del art. 789 del mismo cuerpo legal. Fundado en estas consideraciones estatuye el parágrafo 3º de nuestro artículo que: "**Si la disminución de valor o el deterioro es imputable a culpa del comprador, se detraerá del monto indicado la utilidad que éste ha obtenido**".

Gastos necesarios son aquellos que de no hacerse perecería la cosa o acarrearía el deterioro futuro. Utiles son los gastos que hacen mejorar la cosa y suntuarios los que tan solamente adornan, y no aumentan los frutos de la cosa. De estos últimos también responde el vendedor, si es de mala fe.

Antecedentes del presente artículo son los arts. 1599 del C. francés; 1459 del C. italiano de 1865, ya abrogado; 2427 del C. de Luisiana; 1555 C. portugués; 2270 C. mexicano; 1018 C. boliviano; 1483 C. venezolano; 1061 C. costarricense; 1394 C. peruano. Ver igualmente el art. 334 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1104. — Si la cosa que el comprador creía ser de propiedad del vendedor era sólo en parte de propiedad ajena, podrá el comprador pedir la anulación del contrato o su resolución con el resarcimiento del daño a tenor del artículo anterior, cuando, según las circunstancias, deba considerarse que él no habría adquirido la cosa sin aquella parte de la que no ha llegado a ser propietario; e igualmente puede obtener sólo una reducción del precio además del resarcimiento del daño.

Ver: art. 1480 C. Italiano y 1331 C. argentino; 1435 del Anteproyecto de Bibiloni. Sin antecedente en la legislación italiana anterior.
La fuente de nuestro artículo no confiere la acción de anulación del contrato al comprador que por error compró la cosa parcialmente ajena del vendedor que la vendió, como propia, sino sólo la acción de resolución. Mas, nosotros entendemos que mediando un vicio de la voluntad, la acción que corresponde es la de anulación, porque si el comprador, por ignorancia, creyó adquirir el todo, su obligación carecería de causa, entendida esta palabra como intención motivada del agente. El contrato es así tan anulable como en el supuesto del artículo anterior, de donde deriva para el vendedor su obligación de reparar el daño a tenor del artículo precedente.
La reducción del precio es lógica consecuencia de la comprobación posterior a la conclusión del contrato de ser la cosa, en parte, ajena.

Art. 1105. — En todos los casos la nulidad de la venta de cosa totalmente ajena queda cubierta por la ratificación que de ella hiciere el propietario, o porque el vendedor hubiere venido posteriormente a ser sucesor universal o singular del propietario de la cosa vendida.

Ver: arts. 1330 C. argentino; 1434 del Anteproyecto de Bibiloni; 912 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1106. — No habrá venta si las partes no determinan el bien objeto del contrato o no establecieron los datos para determinarlo.
Las cosas ciertas son determinadas en sí. Las inciertas lo son cuando se ha expresado su especie y cantidad.

Ver: arts. 1333 C. argentino; 1436 del Anteproyecto de Bibiloni; 908 del Proyecto argentino de 1936 y el art. 1041 del presente Código.

Art. 1107. — Se juzgará que hay indeterminación cuando se vendieren todos los bienes presentes o futuros o una parte alícuota de ellos.
Será sin embargo válida la venta de una especie de bienes designados, aunque en la venta se comprenda todos los que el vendedor posea.

Ver: arts. 1334 y 1335 C. argentino; 1437 del Anteproyecto de Bibiloni; 909 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1108. — La venta hecha con sujeción a ensayo o prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas, se presumen hechas bajo la condición suspensiva de si fueren del agrado personal del comprador.
Si el comprador fuere moroso en gustar o probar la cosa, la degustación se tendrá por hecha y la venta será considerada como concluída.

Ver: arts. 1336 y 1337 C. argentino; 1438 del Anteproyecto de Bibiloni; 914 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1109. — Cuando las cosas se vendieren como en una calidad determinada, y no al gusto personal del comprador, no dependerá del arbitrio de éste rehusar el recibo de la cosa vendida. Probando el vendedor que la cosa es de la calidad contratada, podrá exigir el pago del precio.

Ver: arts. 1338 C. argentino; 1439 del Anteproyecto de Bibiloni; 915 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1110. — La venta de un inmueble determinado puede hacerse:
1º) Sin indicación de su área, y por un solo precio;
2º) Sin indicación del área, pero a razón de un precio la medida;
3º) Con indicación del área, pero bajo un cierto número de medidas, que se tomarán en un terreno más grande;
4º) Con indicación del área, por un precio cada medida, haya o no indicación del precio total;

5º) Con indicación del área, pero por un precio único, y no a tanto la medida;

6º) O de uno o varios inmuebles, con indicación del área, pero bajo la convención de que no se garantiza el contenido, y que la diferencia, sea más o menos, no producirá en el contrato efecto alguno.

Ver: arts. 1344 C. argentino; Marcadé, **Explication Theorique et Pratique du Code Civil**, t VI, art. 1616, Nº I), pág. 234, 6t edición; 1440 del Anteproyecto de Bibiloni; y 916 del Proyecto argentino de 1936; 1691 C. uruguayo.

La precedente enumeración es meramente ejemplificativa de las diversas maneras de contratar la venta de inmuebles. Desde cierto punto de vista, es ociosa, tanto que Segovia juzga que habría sido preferible omitirla. Se suprimen los arts. 1339 a 1343 del C. argentino, por insostenibles y contradictorios con nuestra legislación civil. Traídos de los arts. 1585 y 1586 del C. francés, según el cual, la venta equivale a transmisión de la propiedad, de suerte que los riesgos de la cosa son a cargo del comprador desde que el contrato queda concluído, no armonizan con el sistema de nuestra ley civil, según la cual, el contrato sólo engendra obligaciones de dar, sea que tengan por objeto cosas ciertas o inciertas, como lo observa Bibiloni en su apostilla al art. 1439 de su Anteproyecto.

Art. 1111. — Si la venta del inmueble se ha hecho con indicación de la superficie que contiene, fijándose el precio por la medida, el vendedor debe dar la cantidad indicada. Si resultare una superficie mayor, el comprador está obligado a tomar el exceso y a abonar su valor al precio estipulado. Si resultare menor, tiene derecho a que se le devuelva la parte proporcional al precio. En ambos casos, si el exceso o la diferencia fuere de un vigésimo del área total designada por el vendedor, puede el comprador dejar sin efecto el contrato. Si el déficit fuere menor de un vigésimo, el comprador podrá resolver el convenio si probare que la superficie existente es insuficiente para el objeto a que destinaba el inmueble.

Ver: arts. 1346 C. argentino; 1617 y 1618 C. francés; 2468 y 1469 C. de Luisiana; 1579 C. portugués; 1469 y 1470 C. español; 1832 C. chileno; 1692 C. uruguayo; 1496 C. venezolano; 1036 y 1037 C. boliviano; 1136 C. brasilello; 1387 y 1888 C. colombiano; 1691 y 1892 C. ecuatoriano; 1419 C. peruano; 1626 y 1627 C. hondureño; 1565 a 1567 del C. guatemalteco; 1075 y 1076 C. costarricense.

Art. 1112. — Si la venta de un inmueble se hiciere sin fijarse el precio a tanto la medida, la expresión de ésta no da lugar a sumplemento de precio a favor del vendedor por el exceso del área, ni a su disminución respecto del comprador por resultar menor el área, sino cuando la diferencia entre el área real y la expresada en el contrato, fuere de un vigésimo, con relación al área total de la cosa vendida.

Ver: art. 1346 C. argentino, con la modificación auspiciada por Bibiloni en el art. 1442 de su Anteproyecto y por la Comisión argentina de Reformas del Código en el art. 918 del Proyecto de 1936; 1619 C. francés; 1533 C. italiano.

Exacta la observación crítica de Bibiloni a la redacción del art. 1346 del C. argentino, como impropia traslación a él de la forma locutiva con que comienza el art. 1619 del C. francés, ya que no es verdad que lo preceptuado por el 1345 argentino sea aplicable a "**todos los demás casos**", como es evidente que no lo es respecto de la hipótesis del inc. 6º de nuestro art. 1110, le prestamos nuestra adhesión.

Art. 1113. — Cuando se ha efectuado la venta prevista en el inc. 6º del art. 1110, no se aplicará lo dispuesto en el artículo anterior. Si se hubiere estipulado el precio a tanto la medida se abonará el que corresponda a la extensión efectiva, pero no podrá pedirse la resolución del contrato.

Ver: arts. 1443 del Anteproyecto de Bibiloni y 919 del Proyecto argentino de 1936. Este precepto es nuevo, sólo destinado a evitar confusiones derivadas de la obscura redacción del art. 1346 del C. argentino. Es, como dice Bibiloni, aplicación del art. 1345 del C. argentino, modificado por convención

Art. 1114. — Si la venta ha sido de dos o más inmuebles, con designación de la medida de cada uno y por un solo precio, se computarán las diferencias de extensión según los valores respectivos, y se compensarán, en su caso, hasta la cantidad concurrente. La acción del comprador y la del vendedor serán regidas por las disposiciones anteriores. y el vigésimo sobre el valor excedente de las diferencias en relación al precio total.

Si en el mismo caso se hubiere expresado el área total sin indicarse las parciales de cada inmueble, el vigésimo será calculado sobre la superficie

total. Este artículo es aplicable a la venta de un solo inmueble, cuando se hubiere expresado las medidas de sus partes componentes.

Ver: arts. 1348 C. argentino, con las fundamentales correcciones esbozadas por Bibiloni en el art. 1444 de su Anteproyecto y aceptadas por la Comisión argentina de Reformas del Código en el art. 920 del Proyecto de 1936.
Basta, en efecto, confrontar el art. 1623 del C. francés, fuente del art. 1348 del C. argentino con lo que reza este precepto, para comprobar que mientras el primero opta por la comparación de valores para compensar las diferencias de extensión de los inmuebles vendidos, el segundo remite la compensación a la comparación de superficies, lo que a juicio de Bibiloni importa una "perfecta negación de derechos evidentes". Los que quieran ahondar esta materia, deben leer la apostilla de nuestro autor al art. 1444 de su Anteproyecto (ver opus cit. t II, pág. 276, edición Kraft).

Art. 1115. — Siempre que el comprador optare por la resolución del contrato, los gastos producidos por éste y por la medición serán a cargo del vendedor, así como los intereses del precio pagado, si el adquirente no hubiere percibido los frutos de la cosa.

Cuando se decidiere por el cobro o abono de las diferencias, recibirá o entregará respectivamente, los intereses legales sobre aquéllas, a partir del pago o de la mora.

Ver: arts. 1445 del Anteproyecto de Bibiloni y 921 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1116. — El derecho del vendedor al suplemento y el del comprador a la disminución del precio, se prescriben al año computado desde la tradición del inmueble.

Ver: arts. 1622 C. francés; 1541 C. italiano; 2474 C. de Luisiana; 1472 C. español; 1834 C. chileno; 1694 C. uruguayo; 1039 C. boliviano; 1081 C. costarricense; 1890 C. colombiano; 1894 C. ecuatoriano; 1529 C. hondureño; 1422 C. paruano; 1446 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto de la Comisión argentina de Reformas del Código.

CAPITULO IV

De la venta de cosas muebles

Art. 1117. — Salvo pacto en contrario, la entrega de la cosa mueble debe efectuarse en el lugar donde ésta se encontraba en el momento de concluirse la venta, si las partes estaban en conocimiento de ello, o bien en el lugar donde el vendedor tenía su domicilio o la sede de su empresa, y puede verificarse por el hecho de la entrega material o simbólica o por la del título.

Si habiéndose pactado que la entrega se haría en los almacenes del vendedor, y aunque éste se hubiere hecho cargo de la remesa de ella al domicilio del comprador, la mercadería viajará por cuenta y riesgo de éste.

No estipulandose un lugar determinado o una persona cierta que deba recibir la cosa mueble a nombre del comprador, la remesa directa hecha por el vendedor al domicilio del comprador, sin la intermediación de un comisionista, importa tradición efectiva de los efectos vendidos, pero los riesgos del transporte serán por cuenta del vendedor.

Ver: sobre el parágrafo 1º, los arts. 1510 C. italiano; 451 del C. de Comercio paraguayo; y sobre el parágrafo 2º, los arts. 462 C. de Comercio paraguayo; 2386 y 2395 C. Civil argentino. La primera parte del presente artículo es una aplicación concreta de lo estatuido en el parágrafo 2º del art. 804 de este Código, según el cual la obligación de entregar una cosa cierta y determinada debe ser cumplida en el lugar en que se encontraba la cosa al tiempo de contraerse la obligación, pero subordinada a la condición de que dicho lugar sea conocido por los contrayentes; y que en caso contrario, el lugar de la entrega debe ser el domicilio del deudor al tiempo del vencimiento de la obligación, principio igualmente consagrado por el art. 461 de nuestro C. de Comercio.
Lo que sigue procede de este precepto, en relación a los modos de verificarse la tradición, sea por la entrega material o simbólica o por la del título, lo cual es a su vez conforme con los arts. 2385 y 2389 del C. argentino.
El parágrafo 2º de nuestro artículo decide a cargo de quién haya de correr los riesgos del viaje de la mercadería, si habiéndose pactado que ésta sería entregada en los almacenes del vendedor, éste se hubiese hecho cargo de la remesa de ella al domicilio del comprador, cuestión no contemplada por el art. 462 de nuestro C. de Comercio, pero que a juicio de Segovia deben correr de cargo del comprador como dueño

que es de la mercadería. (ver autor cit. Explicación y Crítica del Nuevo C. de Comercio de la República Argentina, t. II, nota 1667, pág. 15)
El parágrafo 3º reproduce en otros términos lo preceptuado por el art. 462 de nuestro Código de Comercio, según el cual, la remesa directa de la mercadería al domicilio del comprador, importa su tradición, si es que las partes no han estipulado el lugar de su entrega o no designaron una persona cierta para recibirla. En este caso los riesgos del viaje o transporte son de cargo del vendedor.
Omitimos la reproducción del In fine del art. 1510 del C. italiano según el cual: "Salvo pacto o uso contrario, si la cosa vendida debe ser transportada de un lugar a otro, el vendedor se libera de la obligación de la entrega, entregando la cosa al portador o al expedicionista, caso en el cual los gastos del transporte son a cargo del comprador", porque esta regla está consagrada por el art. 2388 del C. argentino, precepto que se trasegará al presente Código en el lugar pertinente (ver Pardessus, Cours de Droit Commercial, t. I, pág. 353, edic. 1856; Di Blasi, Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale— Singoli Contratti, Nº 71, pág. 87; Luigi, In Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, dirigido por D'Amello y Pinzi, t. II, pág. 74).

Art. 1118. — En la venta de cosas que deben ser transportadas de un lugar a otro, el término para la denuncia de los vicios y de los defectos de calidad aparentes corre desde el día de la recepción.

Ver: art. 1511 C. italiano. En el artículo precedente se decide cuándo tiene lugar la transferencia de la posesión de la cosa mueble vendida que debe ser trasportada de un lugar a otro. Desde entonces, o sea desde que el comprador la recibe, corre el término para la denuncia de los vicios y defectos ocultos de la cosa y cuya prescripción es de tres meses, según el art. 4041 del C. Civil argentino y de tres días en el caso del art. 472 del C. de Comercio y de un plazo cuya fijación queda al arbitrio de los tribunales en la hipótesis del art. 473 del mismo cuerpo legal.
Mas traídos al presente código los contratos del C. de Comercio, la prescripción de la acción redhibitoria del comprador será objeto de una disposición especial del presente Capítulo, salvo lo preceptuado en el en el artículo siguiente.

Art. 1119. — Si el vendedor ha garantizado por un tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador, salvo pacto en contrario, debe denunciar al vendedor el defecto de funcionamiento dentro de los treinta días a contar del descubrimiento, bajo pena de decadencia. La acción prescribe a los seis meses computados desde el descubrimiento.

El Juez, según las circunstancias, puede señalar al vendedor un término para substituir o reparar la cosa de modo que asegure su buen funcionamiento.

Ver: art. 1512 C. italiano. Sin antecedentes en la legislación italiana anterior. La cláusula de garantía de buen funcionamiento por un plazo determinado de la cosa vendida (como por ejemplo: un reloj, un motor u otro instrumento), debe ser expresa, porque por este Código no la remitimos al uso o costumbre, por naturaleza incierto, siquiera difuso en los negocios de tal naturaleza sin norma especial que la imponga.
Esta cláusula de garantía de buen funcionamiento no es un mero refuerzo de la obligación del vendedor de responder por la evicción y los vicios redhibitorios, sino que mira a asegurar al comprador la regularidad del uso prolongado de la cosa por un plazo determinado. El vicio redhibitorio excluye que la cosa vendida tenga la aptitud de funcionar, al paso que el presente artículo prevee que el buen funcionamiento no tenga la duración determinada.
El comprador está obligado, salvo pacto en contrario, a denunciar el mal funcionamiento dentro de los treinta días computados desde que lo descubre, bajo pena de no poder hacerla saber al vendedor pasado el término. Esta caducidad no debe confundirse con la prescripción de su acción enderezada a la obtención de la substitución o reparación de la cosa de modo que le asegure su buen funcionamiento, la cual, corriendo desde que vino en conocimiento del desperfecto, se opera a los seis meses.
Introducida su demanda, podrá el juez, según las circunstancias, fijar al vendedor un plazo prudencial para la substitución de la cosa defectuosa o su reparación, si esto es posible.

Art. 1120. — En caso de divergencia sobre la calidad o condición de la cosa, el vendedor o el comprador puede pedir su verificación por pericia practicada con arreglo al art. 790 de este Código y las pertinentes disposiciones del C. de Procedimientos civiles. El juez, a instancia de la parte interesada, puede ordenar el depósito o el secuestro de la cosa, así como su venta por cuenta de quien corresponda, con determinación de sus condiciones.

La parte que no ha pedido la verificación de la cosa debe, en caso de controversia, probar rigurosamente la identidad y el estado de ella.

Ver: art. 1513 C. italiano; y art. 476 C. de Comercio. Nuestro artículo, como su fuente, amplía lo estatuído por el art. 476 de nuestro C. de Comercio, en cuanto permite conocer no sólo los vicios redhibitorios de la cosa, sino también toda deficiencia de calidad o cantidad que sea la base de una acción de incumplimiento.

Art. 1121. — Si el comprador no se presenta para recibir la cosa adquirida, el vendedor puede depositarlo, por cuenta y a costa de dicho comprador, en un local de depósito público, o bien en otro local idóneo determinado por el Juez del lugar en que la entrega debía hacerse.

El vendedor debe dar al comprador rapida noticia del depósito realizado.

Ver: art. 1514 C. italiano; 1430, 1427 in fine, C. Civil argentino y 464 del C. de Comercio, que así quedan modificados. La doctrina informativa del art. 1264 del C. francés, trasegada de la obra de Pothier a este precepto, y de éste al art. 1430 del C. argentino, supone un contrato de venta en que no se ha estipulado el tiempo en que el comprador debe retirar la cosa por él adquirida, supuesto en el cual, es dada al vendedor la facultad de intimarle a recibirla incontinenti. Es lo propio de las obligaciones sin plazo que son exigibles inmediatamente, como lo preceptúa nuestro artículo 629. El vendedor puede necesitar del espacio ocupado en sus depósitos por la cosa vendida. Y dado que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, dispuesto éste por el art. 697 del presente Código que será siempre necesario el amparo de la autoridad, para obtener de otro, contra su voluntad, la prestación de un hecho o una abstención, ocioso es que, para la aplicación de nuestro art. 1121 será siempre necesario que el vendedor se haga autorizar por el juez a hacer la intimación al comprador bajo apercibimiento de que no retirando inmediatamente la cosa por él adquirida, se hará por su cuenta el depósito de la cosa en un depósito público, si lo hay, o en otro local idóneo que el propio Juez determinará. Queda así modificado el art. 464 de nuestro C. de Comercio.

El art. 1430 del C. argentino, más inspirado en lo que enseña Pothier que en el art. 1264 del C. francés, faculta al vendedor a cobrar **"los costos de conservación y las pérdidas e intereses"**, sin advertir que si esto es propio del principio francés de la adquisición del dominio por el solo efecto del contrato, como lo preceptúa su art. 1583, lógico es que el comprador responda de los gastos de conservación de la cosa en poder del vendedor cuyo dominio adquirió pero no en nuestro Derecho, según el cual no adquiriéndose el dominio sino por la tradición, es a cargo del vendedor la conservación de la cosa que se obligó a dar hasta transferir su posesión al acreedor, como lo estatuye nuestro art. 937, tiempo durante el cual los frutos percibidos antes de la tradición son de pertenencia del vendedor y solo los pendientes, del acreedor. No habría así pérdidas e intereses que reclamar.

Como se verá por el artículo que sigue, el presente que nos ocupa sólo se refiere a una etapa del procedimiento sumario que el Derecho moderno ha instituído para solucionar la divergencia de intereses de ambas partes en conflicto. (ver Pothier, **Traité du Contrat de Vente**, in Oeuvres, t. III, Nº 291, pág. 118, 2ª. edición).

Art. 1122. — Si el comprador no cumple la obligación de pagar el precio, el vendedor puede ser autorizado sin más trámites y sin retardo alguno a hacer vender la cosa por cuenta y a costa de aquél.

La venta se hará en subasta pública, con noticia al comprador del día, el lugar y la hora en que la venta pública se llevará a cabo.

El vendedor tiene derecho a la diferencia entre el precio convenido y el producto neto de la venta, además del resarcimiento del mayor daño que sufriere.

Ver: art. 1515 C. italiano. El procedimiento establecido por los arts. 465 y 466 de nuestro C. de Comercio, es dilatorio e incompatible con la celeridad propia de los negocios sobre cosas muebles. El Derecho moderno opta por la decisión del presente artículo. En vez de constituir al vendedor en depositario de la cosa vendida y no recibida por el comprador, cuando no se ha fijado plazo para su recepción, hoy se faculta al vendedor a hacerla vender en subasta pública, como medio dirimente de toda cuestión entre ambas partes. Es un procedimiento de ejecución coactiva del contrato por incumplimiento del comprador, concebido por el legislador italiano para obtener una más enérgica restauración del derecho subjetivo violado.

El **in fine** de nuestro artículo es conforme con lo preceptuado por el art. 843 del presente Código, según el cual: "El deudor que por dolo o culpa propia no cumple exactamente la prestación debida, está obligado al resarcimiento de los daños e intereses que causare al acreedor, si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de caso fortuito o fuerza mayor anterior a su constitución en mora".

Art. 1123. — Si la venta tiene por objeto cosas fungibles que tengan un precio corriente en plaza, y el vendedor no cumple su obligación, el comprador podrá pedir autorización al juez para comprar en el mercado local por cuenta del vendedor, una cantidad igual de las mismas cosas, con obligación de dar noticia inmediata al vendedor de la adquisición que hiciere.

El comprador tendrá derecho a la diferencia entre el monto del gasto necesario para la adquisición y el precio convenido, además del resarcimiento del mayor daño.

Ver: art. 1516 del C. italiano. Queda así modificado el art. 467 de nuestro Código de Comercio, el cual no se refiere específicamente a la venta de cosas fungibles, sino genéricamente a **"efectos vendidos"**, los cuales, si fuesen cosas ciertas y determinadas, no podrían ser substituídas por otros de la misma especie y cantidad, precisamente por no ser fungibles.

La fuente de nuestro artículo omite el derecho del comprador a solicitar la rescisión del contrato o a exigir su cumplimiento, no sólo porque a tenor de nuestro art. 1060 es de derecho común, y siendo así sería ocioso repetirlo, sino porque, además, su ejercicio respecto de la venta de cosas fungibles, únicas que pueden estipularse en función de su cantidad, expondría al comprador a esperar el finiquito de pleitos de larga duración, como son todos los que se ventilan en juicio ordinario, de suerte que siendo así, es a todas luces preferible autorizarle al comprador a pedir autorización para comprar en plaza otra cantidad igual a las cosas objeto del contrato no cumplido por el vendedor.

El art. 1516 del C. italiano autoriza al comprador a hacer adquirir sin retardo las cosas de que se trata, sin previa autorización del Juez, como lo estatuye el art. 467 de nuestro C. de Comercio. Mas dado lo preceptuado por el art. 697 del presente Código, nos apartamos de esa fuente por razones de coherencia de sus preceptos.

Otra reforma del Derecho anterior introducida por el art. 1516 del C. Italiano es que la adquisición que el comprador puede hacer en reemplazo de las cosas no entregadas por el vendedor, debe ser por su propia cuenta, al paso que el art. 467 de nuestro Código de Comercio estatuye que ella debe ser por cuenta del vendedor, precepto que conservamos en nuestro art. 1123.

Art. 1124. — La resolución tiene lugar de derecho a favor del contratante que, antes del vencimiento del término establecido, haya ofrecido al otro, en las formas de costumbres, la entrega de la cosa o el pago del precio, si la otra parte no cumple la propia obligación.

La resolución de derecho tiene lugar también a favor del vendedor si, al vencimiento del término establecido para la entrega, el comprador, cuya obligación de pagar el precio no haya vencido, no se presenta para recibir la cosa previamente ofrecida, o bien no la acepta.

El contratante que quiera valerse de la resolución dispuesta por el presente artículo debe dar comunicación de ello a la otra parte dentro de los ocho días computados desde el vencimiento del término. En defecto de tal commicación, se observarán las disposiciones generales sobre la resolución por incumplimiento.

Ver: art. 1517 C. Italiano. Dado lo estatuido por el art. 1060 del presente Código, podría considerarse supérfluo lo preceptuado por nuestro artículo 1117. Sin embargo, no lo es, porque desde luego éste sólo se refiere a los contratos de venta de cosas muebles en que se ha establecido un término para la entrega de la cosa comprada, y no los contratos de ejecución inmediata en que no se ha estipulado el modo y tiempo del pago.
Dada la bilateralidad del contrato, podría el comprador ofrecer al vendedor, antes del vencimiento de la obligación a su cargo, el pago del precio. Si, no obstante deja el vendedor de cumplir su obligación, podrá el comprador invocar la resolución de pleno derecho del contrato, a su favor.
Si en el caso inverso fuese el comprador el que al vencimiento del término fijado para la entrega no se presentase a recibir la cosa, o no la aceptase, sin embargo de no haber vencido su obligación de pagar podrá el vendedor dar por resuelto el contrato.

Art. 1125. — Si la venta tiene por objeto una cosa de precio corriente y el contrato se r e s u e l v e por incumplimiento de una de las partes, el resarcimiento será constituído por la diferencia entre el precio convenido y el corriente en el lugar y día en que la entrega debía hacerse, salvo la prueba de un daño mayor.

En la venta de ejecución periódica, la liquidación del daño se determinará sobre la base del precio corriente en el lugar y día fijados para las entregas singulares.

Ver: art. 1518 C. Italiano. Sin antecedentes en la legislación anterior, ni en nuestro C. de Comercio.
El presente artículo, como su fuente, se limita a aplicar el principio general de nuestro art. 843. La obligación no cumplida se convierte en la obligación de resarcir el daño, el cual (art. 847 debe comprender el valor de la pérdida sufrida por el acreedor y el de la utilidad que haya dejado de percibir, en cuanto sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento.
Los daños e intereses debidos varían según que provengan de culpa o dolo, como está preceptuado por nuestro art. 852.
En la venta el daño está constituído por la diferencia entre el precio convenido y el corriente en el lugar y día de la entrega de la cosa, salvo la prueba de mayor daño. El daño presunto no requiere otra prueba que la resultante de la diferencia de precio, al paso que el daño mayor debe probarse.
El daño mayor, en caso de desvalorización de la moneda, —dice Messineo, está constituído precisamente, por la circunstancia de que, en el intervalo entre el tiempo en que debía hacerse la entrega y el tiempo en que el acreedor puede adquirir la cosa, o sea, en el momento en que se le hace efectivo el resarcimiento, el precio aumenta, por efecto de la mayor cantidad de moneda necesaria para la adquisición de la cosa en el mercado, o para procurarse una prestación equivalente a la incumplida.
"Una cosa es que, porque el acreedor alegue el rerarcimiento correspondiente al mayor daño, el deudor deba estar siempre en mora solvendi de una obligación pecuniaria, y otra cosa es, sin embargo, el punto de si la desvalorización monetaria era previsible" (autor y opus cits. t. IV, pág. 255, versión castellana de Sentis Melendo).

Art. 1126. — Si la venta se ha hecho sin dilación para el pago del precio, el vendedor, en defecto de pago, puede tomar de nuevo posesión de las cosas vendidas, mientras éstas se encuentren en poder del comprador, siempre que la demanda se promueva dentro de los quince días computados desde la entrega y las cosas se encuentren en el estado en que estaban en el momento de su entrega.

El derecho de tomar de nuevo la posesión de las cosas no se puede ejercer en perjuicio de los créditos que le son privilegiados, como el del locador de la casa o fundo arrendado, u otro que por ser especial sobre los frutos de un fundo, le sea preferente, salvo que se pruebe que el titular de estos

créditos, en el momento de la introducción de ellas en la casa o fundo arrendado o dado en aparcería, conocía que el precio se debía todavía.

La disposición del apartado anterior será igualmente aplicable a favor de los acreedores del comprador que hayan embargado las cosas, a menos que se pruebe que ellos, en el momento del embargo, conocían que el precio era todavía debido.

Art. 1519 C. italiano. Confiere el presente artículo al vendedor que, no habiendo dado plazo al comprador para pagar el precio de la cosa, se la entrega, en la creencia, sin duda alguna, de que recibiría su precio, y no lo recibe, el derecho de recuperar la posesión de la cosa en tanto ésta se encuentre en poder del comprador, siempre que la demanda sea promovida dentro de los quince días siguientes a la entrega y a condición de que la cosa se halle en el mismo e igual estado en que fue entregada.
No se trata de una acción reivindicatoria como se la había calificado por el art. 1513 del C. italiano abrogado, sino sólo de la restitución de la cosa no pagada, a que la ley obliga al comprador incumplido.
El plazo de quince días fijado al ejercicio de la acción del vendedor burlado mira a evitar un largo período de incertidumbre que sería peligroso para el éxito de la recuperación por él perseguida.
Aún cuando transformada la cosa por el comprador fuese posible o fácil su identificación, como ocurriría si el trigo fuese transformado en harina, o en pasta alimenticia, nuestro artículo, a igual que su fuente niega al vendedor el derecho a recuperarla si al tiempo de promover su demanda ella no se hallase en el mismo e igual estado en que la entregó, porque su transformación ha podido aumentar su valor, dado que el industrial ha debido agregar a su precio de costo el valor de la mano de obra en salarios y cuotas de amortización de su planta industrial.
Finalmente preceptúa nuestro artículo que el derecho a la recuperación de la cosa vendida no puede ejercerse en perjuicio de ciertos créditos privilegiados, como el del locador del inmueble o del fundo en que se introdujo la cosa, a menos que éste, al tiempo de recibirla el comprador, sabía que su precio no había sido pagado.
En igual medida queda prescripto que ese derecho tampoco puede perjudicar a los acreedores del comprador que hayan embargado las cosas, a menos que se pruebe que ellos, en el momento del embargo, sabían que el precio no había sido pagado todavía.

CAPITULO V

Del precio de la cosa vendida

Art. 1127. — El precio será cierto: cuando las partes lo determinaren en una suma que el comprador debe pagar; o su determinación fuere fijada a la estimación equitativa de un tercero; o se lo estipulare con referencia a otra cosa cierta.

Si el tercero no quiere o no puede aceptar el encargo, o bien las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento o para su substitución, el nombramiento a petición de una de las partes, lo hará el juez del domicilio del vendedor. Si el substituto así nombrado no quiere o no puede determinar el precio, la venta quedará sin efecto.

Ver, sobre el parág. 1º, los arts. 1349 C. argentino; 1591 C. francés; 2459 C. de Luisiana; 184 in fine del C. Federal suizo de las Obligaciones; 315 y 316 C. alemán; 1591 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 297 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 346 C. Civil de la República de China; 2251 C. mexicano; 1447 C. español; 1056 C. costarricense; 2537 C. nicaragüense; 1607 C. hondureño; 1492 C. guatemalteco; 1447 del Anteproyecto de Bibiloni y 922 del Proyecto argentino de 1936.
Modificamos el art. 1349, del C. argentino en la parte que deja la determinación del precio al "arbitrio" de una persona determinada, porque tal facultad no pasa de ser sino la de una opción, que bien puede ser infundada. Preferimos la locución que dice: "estimación equitativa de un tercero", tal como la preceptúa el art. 316 del C. alemán, pues, la equidad es la justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva, que tiene lugar por la moderación del juicio en términos tales que dé satisfacción a los intereses opuestos de ambas partes.
Cuanto al segundo parágrafo, ver el segundo apartado del art. 1473 del C. italiano, por el que se modifica el derecho tradicional inspirado en el art. 1592 del C. francés, según el cual si el tercero no quiere o no puede hacer la tasación, la venta queda sin efecto, según así también lo estatuyen los arts. 1350 del C. argentino; 1447 in fine C. español; 1547 in fine C. portugués; 1056 C. austríaco; 1667 C. uruguayo; 1479 C. venezolano; 2253 C. mexicano; 2440 C. de Luisiana; 2537 in fine C. nicaragüense; 1607 in fine C. hondureño; 1012 C. boliviano; 1387 C. peruano; 1490 C. guatemalteco; 1123 C. brasileño; 2003 del Esboço de T. de Freitas; 1448 parágrafo 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 923 in fine del Proyecto argentino de 1936; 329 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
El art. 1473 del C. italiano, en cambio, estatuye que si el tercero no quiere o no puede aceptar el encargo, o bien las partes no se ponen de acuerdo para su nombramiento o para su substitución, el nombramiento, a petición de una de las partes, se hace por el presidente del Tribunal del lugar en que se ha concluído el contrato. Evidente es que esta decisión es más conforme a razón que la del artt. 1592 del C. francés, en cuanto no hace depender de la voluntad del tercero la frustración de un contrato en cuya conclusión podrían estar comprometidos valiosos intereses y la explicable expectativa de las partes, y permite que a iniciativa de una sola de éstas pueda el juez del domicilio del vendedor designar el tercero que haya de justipreciar el valor de la cosa, objeto del contrato. Nos apartamos de la fuente de nuestro artículo en cuanto atribuímos competencia al juez del domicilio del vendedor, que presumiblemente es el lugar de la conclusión del contrato. Si, como reza el art. 1473 del C. italiano, se atribuye la competencia al juez del lugar en que se ha concluído el contrato, y éste se hallase fuera de los límites jurisdiccio-

nales de la República, la regla dejaría de ser imperativa, desde que el legislador nacional no puede dictar reglas que hayan de observarse en el extranjero salvo lo dispuesto en el art. 7 del Título Preliminar.
De los Códigos americanos, solo el chileno estatuye por su art. 1809 que si el tercero no determinare el precio, podrá hacerlo por él cualquier otra persona en que se convinieren los contratantes, y a su imitación, los Códigos colombiano art. 1865 y ecuatoriano, art. 1863, pero, como se comprenderá, no puede esta decisión satisfacer el interés común de las partes de ver concluído el contrato cuando cualquiera de ambos puede frustrarlo con mostrarse siempre disconforme con el nombramiento del tercero. Tal es la razón por la cual es preferible dejar este cometido al juez del domicilio del vendedor, y decidir que sólo por negativa o imposibilidad del substituto así nombrado quedará caduco el contrato.

Art. 1128. — La estimación que hicieren la persona o personas determinadas para fijar el precio será irrevocable y no habrá recurso alguno para variarlo.

Fijado el precio por la persona que deba estimarlo, los efectos del contrato se retrotraen al tiempo en que se celebró.

Ver: arts. 1351 y 1352 C. argentino; 1448 parágrafos 2º y 3º del Anteproyecto de Bibiloni y 923 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1129. — Si el objeto del contrato no es un inmueble, sino cosas que el vendedor vende habitualmente y las partes no han determinado su precio, ni han convenido el modo de determinarlo, ni el mismo es establecido por acto de la autoridad pública, se presume que las partes se han referido al precio normalmente cobrado por el vendedor a su clientela.

Si se trata de cosas que tienen un precio de bolsa o de mercado, el precio será determinado por certificado de corredores, o por testigos en los lugares donde no haya corredores, o por la cotización o boletín de precios de la Bolsa.

Si el precio fuere indeterminado, o si el bien se vendiere por lo que fuere su justo precio, o por lo que otro ofreciera por él, o si el precio se dejare al arbitrio de uno de los contratantes, el contrato será nulo.

Ver: sobre los dos primeros parágrafos, los arts. 1474 parág. 1º del C. italiano; 1354 C. argentino; 2008 inc. del Esboço da T. de Freitas; 1449 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 924 del Proyecto argentino de 1936: 1124 C. brasileño; 1546 C. portugués; 1448 C. español; 1058 In fine C. austríaco; 453 C. alemán; 212 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1808 C. chileno; 1864 C. colombiano; 1867 C. ecuatoriano; 1666 C. uruguayo; 1479 In fine C. Venezolano; 2533 C. nicaragüense; 1608 C. hondureño; 2251 C. mexicano; 1388 C. peruano; 1492 C. guatemalteco.
Sobre el parágrafo 3º de nuestro artículo, ver los arts. 1355 C. argentino; 1450 del Anteproyecto de Bibiloni; 925 del Proyecto argentino de 1936. En contra el parágrafo 3º del art. 1474 del C. italiano, según el cual: **"Cuando las partes hayan querido referirse al justo precio, se aplicarán las disposiciones de los apartados anteriores; y cuando no concurran los casos previstos por ellos, el precio, a falta de acuerdo se determina por un tercero, nombrado a tener del segundo apartado del artículo anterior"**. Mas nosotros optamos, en este caso, por la decisión tradicional del art. 1355 del C. argentino, conforme con la doctrina de Aubry y Rau, t. III, parág. 349, nota 24, pág. 233, 3ª edición; Troplong, **De la Vente**, t. I, nº 159, pag. 209. Según este autor, viene de Fachinoes la nulidad de la estipulación de la venta de una cosa por su justo precio, porque en tal hipótesis el precio es incierto, por lo que no hay venta: **Nempé**, decía Fachinoes, **in ea specie non esse venditionem"**, y esta opinión agrega Troplong, deba ser seguida por las razones que acaban de ser dadas. Evidente es que Fachinoes se refería al justo precio de las cosas que carecen de cotización o precio corriente en la Bolsa, porque tratadista italiano hay, como Gasca, para quien la locución **"justo precio"** es sinónima de precios corrientes, razón por la cual, conforme con una sentencia de la Corte de Casación de Roma del 20 de agosto de 1906, juzga que el juez podrá fijarlo recurriendo a todos los medios de prueba, incluso a las presunciones. (ver autor y opus cits. Nº 436, pág. 579 y ss., y especialmente pág. 582, versión castellana de Santacruz Teijeiro). Explícase así lo estatuído a este propósito por el In fine del art. 1474 del C. italiano, que también convalida el contrato de venta de un bien cuyo precio ha sido referido al justo precio. (Di Blasi, **Il Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale**, pág. 23 y ss.; Luigi, **In Códice Civile, Libro delle Obbligazioni**, t. II, pág. 17).
Mas, en el Paraguay, donde no funciona la Bolsa de Comercio, mal podríamos adoptar la equivalencia legal de la expresión justo precio y precio corriente, sin exponer al comercio de cosas muebles a pleitos derivados de la incertidumbre del precio.

Art. 1130. — Si el precio consistiere, parte en dinero y parte en otro bien, el contrato será de permuta o cambio si es mayor el valor del bien, y de venta en el caso contrario.

Ver: art. 1356 C. argentino; 1794 C. chileno; 1850 C. colombiano; 1853 C. ecuatoriano; 1662 C. uruguayo; 2250 C. mexicano; 1446 C. español; 1545 C. portugués; 1496 C. guatemalteco; 1606 C. hondureño; 1451 del Anteproyecto de Bibiloni; 926 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1131. — Los gastos del instrumento de la venta y los otros accesorios del recibo como los gastos de transporte, son a cargo del comprador, salvo pacto en contrario.

Ver: art. 1475 C. italiano; 1424 In fine C. argentino; 1593 C. francés; 1129 C. brasileño; 1552 C. portugués; 1455 C. español; 188 C. Federal suizo de las Obligaciones; 448 y 449 C. alemán; 1673 y 1695 C. uruguayo; 1013 C. boliviano; 825 C. chileno; 1491 C. venezolano; 2263 C. mexicano; 1881 C. colombiano; 1885 C. ecuatoriano; 1531 C. guatemalteco; 1087 In fine C. costarricense; 1391 C. peruano; 2441 C. de Luisiana.

CAPITULO VI

De las obligaciones del vendedor

Art. 1132. — Las obligaciones principales del vendedor son.

1) la de transferir la posesión de la cosa al comprador;

2) la de hacerle adquirir la propiedad de la cosa si su adquisición no es efecto inmediato del contrato;

3) la de garantizar al comprador por la evicción y los vicios de la cosa;

4) la de recibir el precio en el lugar y tiempo estipulados, y en su defecto, en el lugar y tiempo de la entrega, cuando la venta no fuese a crédito.

Ver: arts. 1476 C. italiano; 1603 C. francés; 1510 C. holandés; 1568 C portugués; 2450 C. de Luisiana; 1462 C. español; 1824 C. chileno; 1880 C. colombiano; 1884 C. ecuatoriano; 1686 C. uruguayo; 1486 C. venezolano; 1022 C. boliviano; 2283 C. mexicano; 1529 C. guatemalteco; 1070 C. costarricense; 2582 C. nicaragüense; 1620 C. hondureño; 1400 C. peruano; 434 C. alemán; 184 C. Federal suizo de las Obligaciones; 337 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 299 y 300 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 348 C. Civil de la República de China; 2023 del **Esboço** de T. de Freitas1

El presente artículo se limita a un enunciado escueto de las principales obligaciones del vendedor, sin perjuicio de su desarrollo posterior en los preceptos que siguen. Su enumeración connota la idea de que dichas obligaciones son funcional y conceptualmente distintas y autónomas. La adquisición contractual del dominio de inmuebles se subordina al concurso unitario de: 1º el título o **causa** que, en el presente caso, es el contrato de compraventa, como podrían ser entre los actos entre vivos, la permuta o la donación, y por causa de muerte, el título hereditario constituído por la declaratoria de herederos respecto de los herederos que deben pedirla; 2º la tradición o transferencia de la posesión; y 3º la inscripción o toma de razón del título en el Registro de la Propiedad, que vale por tradición sólo cuando la posesión es vacua.

Por el contrato se transmite el **derecho a la cosa**, el cual es meramente un derecho personal de crédito a favor del comprador a exigir la transferencia de la posesión, y tratándose del vendedor, de su derecho a exigir el pago del precio. Por la tradición se transfiere la posesión, sin la cual el acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa. Y por la toma de razón del título se publica la transferencia del derecho a la cosa, respecto de terceros, cuando no vale por tradición si el inmueble se halla desocupado, y el comprador puede entrar a poseerlo con asentimiento del que entrega.

Tratándose de cosas muebles, la propiedad se transmite por el título y la tradición, que en el conflicto de sucesivos adquirentes, confiere preferencia al primero que de buena fe entró en posesión de la cosa.

La obligación de hacer adquirir al comprador la propiedad mencionada en el inciso 2º de nuestro artículo, es la que incumbe al vendedor de cosas determinadas por su género o de un género determinado, porque en contratos tales, para que el comprador adquiera el dominio debe individualizarse la cosa, como está prescripturado por los arts. 945 y ss., del presente Código E igual obligación incumbe al que vende la cosa de otro, contemplada en el art. 1102 de este Código..

La obligación de garantizar al comprador la indemnización debida por evicción y vicios redhibitorios, es común a toda clase de venta. La evicción consiste en la privación de un derecho sufrido por el comprador por una legítima pretensión de otro en virtud de un título anterior a su adquisición (**vitium in iure transferanis**).

Y la obligación de recibir el precio es elemental, porque sin precio no hay compraventa.

Art. 1133. — Desde que el contrato queda concluído no deberá el vendedor cambiar por sí el estado en que al tiempo de su perfección tenían el bien vendido y sus accesorios y quedará obligado a conservarlos así hasta su tradición al comprador. Mas si el bien vendido mejorare o acreciere por hecho ajeno, aun sin desembolso alguno, se estará a lo dispuesto en el art. 940 de este Código.

Ver: arts. 1408 y 582 C. argentino; 1136 y 1137 C. francés; 1901 y 1902 C. de Luisiana; 1271 y 1272 C. holandés; 1094 C. español; 1575 C. portugués; 1477 inc. 1º C. italiano; 1628 C. chileno; 1884 C. colombiano; 1888 C. ecuatoriano; 1689 C. uruguayo; 1494 C. venezolano; 1033 C. boliviano; 2288 C. mexicano; 1074 C. costarricense; 1534 C. guatemalteco; 2583 C. nicaraguense; 1625 C. hondureño; 863 y 1127 C. brasileño; 2023 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1494 del Anteproyecto de Bibiloni; 945 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1134. — El vendedor debe entregar el bien vendido con todos sus accesorios y los frutos pendientes, libre de toda otra posesión, en el lugar y día convenidos, y si no se hubiere convenido el día, el día que el comprador lo exija.

Si no se hubiere convenido el lugar de la tradición, en el lugar en que al tiempo de la conclusión del contrato se encontraba el bien vendido.

Ver: arts. 1409 1410 y 1415 C. argentino; 2023 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 1608 y 1609 C. francés; 1477 parág. 2º y 3º C. italiano; 2458, 2459 y 2460 C. de Luisiana; 1097 C. español; 1570 y 1571 C. portugués; 1826 parágrafo 1º C. chileno; 1882 parágrafo 1º C. colombiano; 1886 parág. 1º C. ecuatoriano; 1687 y 1688 C. uruguayo; 1492 y 1495 C. venezolano; 1028 C. boliviano; 1532 y 1533 C. guatemalteco; 1400 C. peruano; 1070 y 1074 C. costarricense; 2584 y 2585 C. nicaraguense; 1621 y 708 C. hondureño; 2291 C. mexicano.

Art. 1135. — Hasta el momento de la tradición, los riesgos de la cosa corren por cuenta del vendedor, y los del precio por cuenta del comprador, conforme a lo dispuesto en el art. 940 de este Código.

Los casos fortuitos que ocurrieren en el acto de contar, pesar, marcar o señalar cosas que para su individualización se reciben contando, pesando, midiendo o señalándolas, y que ya fueren puestas a disposición del comprador, correrán por cuenta de éste.

Correrán, también, por cuenta del comprador los riesgos de las referidas cosas, si estuviere en mora de recibirlas, cuando fueren puestas a su disposición en el tiempo, lugar y el modo convenidos.

Ver: arts. 1127 C. brasileño; 1176 C. peruano; 446 C. alemán; 185 C. Federal suizo de las Obligaciones; 579, 580, 581, 583, 585, 587 y 1416 del C. argentino, suprimimos en el Anteproyecto de Bibiloni, pero contemplados en nuestro art. 940.
En contra: arts. 1138 C. francés; 1376 C. italiano; 714 y 717 C. portugués; 1161 C. venezolano; 1820 C. chileno; 1876 C. colombiano; 1880 C. ecuatoriano; 1662 C. uruguayo; 729 C. boliviano; 2579 y 2591 C. nicaraguense; 1352, 1353, 1460 y 1611 C. hondureño; 2014 C. mexicano; 1479 C. guatemalteco; 1054 C. costarricense.

Art. 1136. — El vendedor de un inmueble, o de un derecho sobre un inmueble, está obligado a cancelar a su costa todas las inscripciones y prenotaciones, que en caso de existir los derechos anotados, perjudicarían los del comprador.

Ver: arts. 1496 del Anteproyecto de Bibiloni; 945 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 435 y 439 del C. alemán.

Art. 1137. — El vendedor está igualmente obligado a recibir el precio en el lugar convenido, y a falta de estipulación a este respecto, en el lugar y tiempo de la tradición de la cosa, si la venta no fuese a crédito.

Ver: arts. 1411 C. argentino; 2023 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 1497 del Anteproyecto de Bibiloni; 945 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1138. — Si el vendedor no hiciere tradición de lo vendido, o no se hubiere cancelado las inscripciones y prenotaciones hechas en el Registro de la Propiedad dentro del término prescripto para efectuarla, el comprador puede pedir la resolución de la venta, o el cumplimiento del contrato.

Si el vendedor se hallare imposibilitado para transferir la posesión del bien vendido, o cancelar las inscripciones en el tiempo en que debía efectuarlo, el comprador podrá pedir que inmediatamente se le devuelva el precio con sus intereses legales, si lo hubiere abonado, sin estar obligado a esperar que cese la imposibilidad.

Ver: sobre el parágrafo 1º, los arts. 1412 C. argentino; 1610 C. francés; 1489 C. italiano; 2461 C. de Luisiana; 1572 C. portugués; 1498 parágr. 1º del Anteproyecto de Bibiloni.
Y sobre el parág. 2º ver: arts. 1413 del C. argentino; 1498 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni.
Auspicia Bibiloni la supresión del art. 1414 del C. argentino por existir dos títulos posteriores sobre evicción y vicios redhibitorios. No compartimos este punto de vista, pues, fuera de la manifiesta desubicación de los arts. 2118 a 2127 de dicho Código, viene aconsejado por la ejecutoria del C. italiano de 1942, magistral entre los más modernos, que la obligación del vendedor de evicclonar al comprador, sea contemplada en este Capítulo.
En lo que atañe al art. 1416, lejos de suprimirlo, lo hemos trasegado al art. 1138 de este Código, a imitación del arts. 1127 del C. brasileño.
Convenimos en la superfluidad de los arts. 1418 y 1419, porque de su substancia se ha tratado en los arts. 1061 y 1062 del presente Código.
Lo preceptuado por el art. 1420 del C. argentino está virtualmente consagrado por nuestro art. 1066. Lo estatuído por el art. 1421 sabe a superfluidad, desde que genus nunquam perit, de suerte que la obligación de entregar las cosas fungible prometidas por el vendedor, no puede extinguirse porque éste las haya vendido a otro así como lo decide el art. 1123 de este Código. Bien está que se suprime el art. 1422 del C. argentino que está en perfecta contradicción con el art. 3923 del mismo cuerpo legal.

Art. 1139. — El vendedor debe sanear la cosa vendida, respondiendo por la evicción al comprador, cuando f u e r e vencido en juicio, por una acción de reivindicación u otra acción real. Debe también responder de los vicios redhibitorios.

Ver: arts. 1414 C. argentino; 2023 inc. 5º y 6º del Esboço de T. de Freitas; 1625 C. francés; 2477 C. de Luisiana; 1581 C. portugués; 1461, 1474 y 1475 C. español; 192 y 197 y ss., C. Federal suizo de las

Obligaciones; 434, 439 parág. 1º y 443 del C. alemán sobre saneamiento de la cosa vendida y 459 del mismo Código sobre vicios redhibitorios; 483 y ss., C. italiano; 1837 a 1839 y 1857 y ss., C. chileno; 1880, 1893 a 1895 y ss., y 1914 y ss., C. colombiano; 1884, 1897 a 1899, y 1917 y ss., C. ecuatoriano; 1686, 1697, 1698 y 1718 y aa ., C. uruguayo; 1486, 1503 y 1518 C. venezolano; 1107 y ss., y 1101 y ss., C. brasileño; 1042, 1043 y ss., y 1057 y ss., C. boliviano; 2119 a 2162 C. mexicano; 1034 a 1042 C. costarricense; 1370 y ss., y 1351 y ss., C. peruano; 1582 y ss., y 1598 y ss., C. guatemalteco; 2582, 2599 y ss., y 2630 y ss., C. nicaraguense; 1631, 1632 y ss., y 1643 y ss., C. hondureño; 351; 352 y ss., y 365 y ss., del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 306 a 336 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 348 a 378 C Civil de la República de China.
Obligación inherente a la del vendedor de un bien, garantizar de derecho al comprador su pacífica posesión a título de propietario, y la ausencia de vicios ocultos de ella, todo bajo su responsabilidad personal, viene observando por la mayor parte de los códigos arriba citados el método de tratar de esta doble garantía dentro del estatuto regulador de la compraventa, y no por separado, como lo estatuye el C. argentino por sus arts. 2089 y ss., y así también lo trata Bibiloni en su Anteproyecto, del que en este punto nos apartamos por razón de metodología.

Art. 1140. — La precedente obligación incumbe igualmente al que por título oneroso transfirió derechos o dividió bienes con otros.

Ver: art. 2089 C. argentino; 3502 del **Esboço** de T. de Freitas; 2203 del Anteproyecto de Bibiloni y 1353 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VII

De la evicción

Art. 1141. — Habrá evicción, en virtud de sentencia y por causa anterior o contemporánea a la adquisición, si el adquirente por título oneroso fue privado en todo, o en parte, del derecho que adquirió, o sufriere una turbación de derecho, en la propiedad, goce, o posesión de la cosa. Pero no habrá lugar a garantía, ni en razón de las turbaciones de hecho, ni aún en razón de las turbaciones de derecho, procedentes de servidumbres establecidas por la ley o de las fácilmente reconocibles constituídas por hecho del hombre o de pretensiones formadas en virtud de un derecho real o personal de goce cuya existencia era conocida al tiempo de la enajenación, salvo que el enajenante haya declarado que la cosa estaba exenta de vicios.

Ver: arts. 2091 C. argentino; 3510 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1626 y 1627 C. francés (siquiera Segovia juzgue más propio citar el art. 1638 de dicho Código); 1489 y 1491 C. italiano; 2477 C. de Luisiana; 1475 C. español; 192 C. Federal suizo de las Obligaciones; 434 y 439 C. alemán; y demás Códigos citados en nuestra apostilla al artículo anterior, y especialmente autores citados por Vélez Sarsfield en la nota al art. 2091 de su Código, y arts. 2204 del Anteproyecto de Bibiloni y 1353 del Proyecto argentino de 1936.
Aun comprendiendo que la presente disciplina de la evicción es más propia de un Tratado de Derecho civil que de la ley escrita, y que la extensa consideración que sigue de ella en el C. argentino, inspirada en las obras de Maynz, Demolombe, Aubry y Rau, Marcadé, Troplong, Durantón, Duvtrgier, Pothier, el **Esboço** de T. de Freitas, y excepcionalmente en el C. de Chile y el proyecto de García Goyena, podría reducirse, como en el C. italiano de 1942, y los códigos alemán y Federal suizo de las Obligaciones, a dos o tres preptos sólo relativos a la evicción entre vendedor y comprador, hemos optado por conservar sin alteracoines las pertinentes disposiciones del C. argentino, con las correcciones de Bibiloni en obsequio a la unificación externa de nuestro Derecho privado en relación a la legislación civil de un país vecino con el que el Paraguay mantiene tan múltiples cuan fecundas relaciones de intercambio de todo género, y además en homenaje a la tradición que en orden a la vida jurídica desempeña función de capital importancia.
Nuestro artículo no difiere en substancia de lo dispuesto en los arts. 1489 y 1491 del C. italiano, según los cuales la garantía de evicción sólo es debida de iure, pero en virtud de sentencia: 1º por la desposesión o la turbación que el adquirente a título oneroso sufriere en la propiedad o posesión de la cosa; 2º por causa anterior o contemporánea a la adquisición, consistente en la existencia de servidumbres, cargas o derechos reales o personales que, por no ser aparentes, eran ignorados por el comprador, o si siendo fácilmente reconocibles, haya el vendedor declarado que la cosa estaba exenta de vicios.

Art. 1142. — La evicción será parcial cuando el adquirente fuere privado, en virtud de sentencia, de una parte de la cosa adquirida o de sus accesorios o dependencias, o si fuere privado de una de las cosas que adquirió colectivamente, o cuando fuere privado de alguna servidumbre del inmueble, o se declarase que ese inmueble estaba sujeto a alguna servidumbre pasiva, o a otra obligación inherente a dicho inmueble.

En caso de evicción parcial se observará lo dispuesto en el art. 1104.

Ver: arts. 2093 y 2125 C. argentino; 3511 del **Esboço** de T. de Freitas; 1484 C. italiano; 1636 C. francés; 2487 C. de Luisiana; 1114 C. brasileño; 1049 C. portugués; 1479 C. español; 1052 C. boliviano; 196 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1852 parág. 4 C. chileno; 1710 C. uruguayo; 1513 C. venezolano; 2134 C. mexicano; 1380 C. peruano; 1911 y 1904 C. colombiano; 1914 y 1917 C. ecuatoriano; 2627 C. nicaraguense; 1636 C. hondureño; 1041 C. costarricense; 1594 C. guatemalteco; 360 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2207 del Anteproyecto de Bibiloni y 1353 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1143. — Cuando el derecho que ha causado la evicción es adquirido por prescripción, posteriormente a la transmisión o división de la cosa, pero cuyo origen era anterior, no habrá lugar a la evicción si ésta es imputable a negligencia culpable del evicto. Los jueces están autorizados para apreciar todas las circunstancias y decidir si procede o no responsabilidad por la evicción no obstante la decidia del adquirente en impedirla.

Ver: arts. 2095 C. argentino; 2208 del Anteproyecto de Bibiloni; 1355 del Proyecto argentino de 1936. Traído por Vélez Sarsfield el art. 2095 de su Código de un parecer de Marcadé sobre el art. 1626 del C. francés, en disidencia con Troplong, Duvergier y Zachariae, a propósito de una prescripción que habiendo comenzado antes de la venta es cumplida después (vr autor cit. **Explication Thorique et Pratique du Code Civil**, t. VII, Nº II, pág. 255 y ss., 6ª edición). es singular del C. argentino, sin pares en los otros códigos, pero que no habiendo merecido la adhesión de Bibiloni, fue por éste corregido en los términos del presente artículo. En efecto, el art. 2095 del C. argentino, no expresa cual sea la decisión que los jueces deben tomar cuando el derecho que ha causado la evicción, como por ejemplo, la prescripción de una servidumbre del predio vendido comenzada antes de su enajenación, pero que consumada posteriormente a la transferencia de dominio del inmueble, es causa de la evicción. Dado el principio según el cual no hay evicción por causas posteriores a la adquisición, suscitóse la divergencia de opiniones de los autores. Así, mientras Pothier enseña que el vendedor es responsable de la evicción, cuando la prescripción ha comenzado cuando la cosa estaba en su dominio, Troplong, Duvergier y otros jurisconsultos, en cambio, juzgan que el derecho creado por una prescripción sólo existente desde que la prescripción se ha cumplido, la evicción resultaría de un derecho posterior a la enajenación, y no habría, por tanto, acción por ella. Combatiendo estas opiniones extremas auspicia Marcadé que los jueces sean autorizados a apreciar todas las circunstancias, y resolver la cuestión. Podría ocurrir, en efecto, que la prescripción comenzada cuando el bien estaba en el dominio del vendedor, no hubiese pasado de algunas semanas o meses, y que se cumpliese cuando el bien había pasado al dominio del comprador, por el ejercicio y goce de la servidumbre durante varios años, caso en el cual, según Marcadé no sería justo hacerle responsable de la garantía al vendedor. Mas admitida esta decisión por Demolombe y Aubry y Rau, sino a título de equidad, pero rechazada por Laurent, según el cual no hay evicción de que se haya de responder, auspicia Bibiloni análoga solución **cuando la evicción sea imputable a la inacción culpable del evicto**, no obstante lo cual, podrán los jueces apreciar todas las circunstancias y resolver si procede o no responsabilidad por la evicción no obstante la desidia del adquirente en impedirla. (ver la nota de Vélez Sarsfield al art. 2095 del C. argentino, y la apostilla de Bibiloni al art. 2208 de su Anteproyecto, t. II, pág. 479, edición Kraft).

Art. 1144. — Habrá lugar a los derechos que da la evicción, sea que el vencido fuere el mismo poseedor de la cosa, o que la evicción tuviere lugar respecto de un tercero, al cual él hubiere transmitido el derecho por un título oneroso, o por un título lucrativo. El tercero puede en su propio nombre, ejercer contra el primer enajenante, los derechos que da la evicción, aunque él no pudiese hacerlo contra el que le transmitió el derecho.

Ver: arts. 2096 C. argentino. Fundado Pothier en que el donante de un bien no puede ser perseguido por su donatario eviccionado y que por consiguiente no puede sufrir pérdida alguna, enseñó que privado éste en razón de su calidad de tal de la acción de garantía, tampoco puede ejercerla contra el vendedor de su donante (autor cit. **Traité du Contrat de Vente, In Oeuvres**, t. III, Nº 97, pág. 43, 2ª edición). Troplong que le siguió, incurrió acerca de esta cuestión, en conclusiones contradictorias, una de las cuales, sin embargo es que el donatario puede ejercer la acción de garantía contra el vendedor porque el donante le ha cedido todos sus derechos y acciones en relación a la cosa (ver autor cit. **De la Vente**, t. I, Nº 427, pág. 528, 5ª edición). Conforme Marcadé con esta razón, sostiene que todo enajenante transmite de pleno derecho, a menos de una declaración contraria, al adquirente todos sus derechos y acciones relativos al bien enajenado, y que, por consiguiente, el donatario, investido de la propiedad de la cosa donada, queda igualmente investido de las acciones que el donante tenía sobre dicha cosa, de donde viene que pueda ejercer la acción de garantía contra el vendedor de su donante mismo (ver autor cit. **Explication Theorique et Pratique du Code Civil**, t. VI, arts. 1626 a 1629, Nº V, pág. 260 y ss., 6ª edición).
Tal es la doctrina que Vélez Sarsfield trasegó al art. 2096 de su Código, reproducido en el art. 2209 del Anteproyecto de Bibiloni y el 1356 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1145. — La responsabilidad que trae la evicción tiene lugar, aunque en los actos en que se transmiten los derechos no hubiere convención alguna sobre ella.

Las partes sin embargo pueden aumentar, disminuir, o suprimir la obligación que nace de la evicción.

Aun cuando se pacte la exclusión de la garantía, el vendedor está siempre obligado por la evicción derivada de un hecho propio suyo. Es nulo todo pacto en contrario, siempre que hubiere mala fe de parte del enajenante, y el vencido tendrá derecho a repetir el precio pagado y el reembolso de las costas.

Ver: sol arts. 2097, 2098, 2099, 2100 y 2102 C. argentino; 1626 C. francés; 2477 C. de Luisiana; 1055 y 1051 inc. 1º C. portugués; 1475 parág. 2º y 3º y 1476 C. español; 1842 y 1852 C. chileno; 1898 y 1909 C. colombiano; 1902 y 1912 C. ecuatoriano; 1699 y 1700 C. uruguayo; 1487 y 1488 C. italiano; 1504 a 1506 C. venezolano; 1043 a 1045 C. boliviano; 2120 a 2122 C. mexicano; 1584 a 1586 C. guatemalteco; 2601 a 2603 C. nicaraguense; 1632 parág. 2º y 3º y 1633 C. hondureño; 1371 y 1372 C. peruano; 1107 parágrafo único y 1108 C. brasileño; 192 parág. 2º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 3514 del Esboço de T. de Freitas; 352 a 355 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 2210 y 2211 del Anteproyecto de Bibiloni; 1357 del Proyecto argentino de 1936, y nota de Vélez Sarsfield al art. 2102.

Art. 1146. — Exceptúanse de la disposición del artículo anterior, los casos siguientes:

1º) Si el enajenante excluyó expresamente su responsabilidad de restituir el precio; o si el adquirente renunció expresamente el derecho de repetirlo;

2º) Si la enajenación fue a riesgo y peligro del comprador;

3º) Si cuando hizo la adquisición, sabía o debía saber el adquirente el peligro de que sucediese la evicción, y sin embargo renunció a la responsabilidad del enajenante, o consintió en que ella se excluyese.

Ver: arts. 2101 y 2106 C. argentino; 1629 C. francés; 1488 C. italiano; 2481 C. de Luisiana; 1117 C. brasileño; 1477 C. español; 1051 C. portugués; 1701 C. uruguayo; 1056 inc. 7º C. boliviano; 1852 parág. 3º C. colombiano; 1912 parág. 3º C. ecuatoriano; 2140 C. mexicano; 1590 incisos 6º y 9º C. guatemalteco; 1376 inc. 3º C. peruano; 3522 y 3537 del Esboço de T. de Freitas; 2212 del Anteproyecto de Bibiloni y 1358 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1147. — El adquirente tiene derecho a ser indemnizado, cuando fuere obligado a sufrir cargas ocultas, cuya existencia el enajenante no le hubiere declarado, y de las cuales él no tenía conocimiento.

Ver: art. 2103 C. argentino; 1638 C. francés; 1469 C. italiano; 1538 C. holandés; 2491 C. de Luisiana; 1488 C. español; 2138 C. mexicano; 1717 C. uruguayo; 1506 parágrafo 2º C. venezolano; 1054 C. boliviano; 2607 C. nicaraguense; 1642 C. hondureño; 1595 C. guatemalteco; 362 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2214 del Anteproyecto de Bibiloni, omitido en el Proyecto argentino de 1936 acaso porque lo consideró implícito en el *in fine* del art. 2091 del C. argentino, interpretado a contrario sensu.
Las cargas ocultas que dice el artículo comprenden las servidumbres no aparentes, es decir, aquellas no exteriorizadas en obras visibles y permanentes destinadas a su ejercicio, y que por ser tales mal han podido ser conocidas por el adquirente. Los compiladores del C. italiano de 1942 incluyeron en la misma categoría los derechos reales o personales que disminuyan el libre goce del bien vendido. La jurisprudencia italiana ha decidido que, independientemente de las servidumbres no aparentes, están en el mismo orden cualquiera obligación de no hacer relativa a una cosa, propter rem, limitativa del derecho de propiedad. En tal sentido: su art. 1489.
Omitimos la reproducción del art. 2104 del C. argentino, porque repite lo estatuído en su art 2099 y porque su substancia es análoga a lo dispuesto por el art. 2091.

Art. 1148. — Cuando el enajenante hubiere declarado la existencia de una hipoteca sobre el inmueble que se enajena, esa declaración importa una estipulación por la cual el adquirente toma a su cargo el pago de su importe aunque se declarare la garantía de evicción. Sólo en caso de estipulación expresa especial el enajenante responderá por la evicción en cuanto a la hipoteca.

Ver: arts. 2105 C. argentino; 2215 del Anteproyecto de Bibiloni; 1360 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1149. — Cuando de cualquier modo conocía el adquirente el peligro de la evicción al tiempo de la compra, nada podrá reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida.

Ver: arts. 2106 y 2101 inc. 2º C. argentino; 1629 *in fine* del C. francés; 1530 del holandés; 2481 del C. de Luisiana; 1477 del C. español; 1051 inc. 2º C. portugués; 1701 C. uruguayo; 1507 *in fine* del C. venezolano; 2140 inc. III, C. mexicano; 1117 inc. II C. brasileño; 2610 C. nicaraguense; 1376 inc. 3º C. peruano; 1590 inc. 6º C. peruano; 1590 inc. 6º C. guatemalteco; 1056 inc. 8º C. boliviano; 3522 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; 2216 del Anteproyecto de Bibiloni; 1361 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1150. — La obligación que produce la evicción es indivisible y puede demandarse y oponerse a cualquiera de los herederos del enajenante; pero es divisible la obligación de restituir lo recibido en el acto de la enajenación y la de abonar los daños y perjuicios causados por la evicción.

Ver: arts. 2107 C. argentino; 1840 C. chileno; 1896 C. colombiano; 1900 C. ecuatoriano; 1704 C. uruguayo; 2611 C. nicaraguense; 2217 del Anteproyecto de Bibiloni; 1365 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1151. — El enajenante debe salir a la defensa del adquirente, cuando fuere citado para ello, en todos los casos que un tercero demandare la propiedad o posesión de la cosa, el ejercicio de una servidumbre o cualquier otro derecho comprendido en la adquisición, o lo turbare en el uso de la propiedad, goce o posesión de la cosa.

Ver: arts. 2108 C. argentino; 1843 C. chileno; 1481 C. español; 1116 C. brasileño; 1051 inc. 4º C. portugués; 1705 C. uruguayo; 1485 C. italiano; 193 parág. 3º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1375 C. peruano; 2124 C. mexicano; 1517 C. venezolano; 1899 C. colombiano; 1903 C. ecuatoriano; 2612 C. nicaraguense; 1638 y 1639 C. hondureño; 1036 C. costarricense; 1588 y 1589 C. guatemalteco; 3524 inc. 6º del Esboço de T. de Freitas; 2218 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1152. — El adquirente de la cosa no está obligado a citar de evicción y saneamiento al enajenante que se la transmitió, cuando hayan habido otros adquirentes anteriores. Puede hacer citar al enajenante originario, o a cualquiera de los enajenantes anteriores.

Ver: arts. 2109 C. argentino; y lo que a este propósito enseña Troplong en el Nº 437, pág. 539 del t. I de su tratado De la Vente, 5ª edición, resumido por Vélez Sarsfield en su apostilla a este precepto. Ver igualmente el art. 2219 del Anteproyecto de Bibiloni, omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1153. — La obligación que resulta de la evicción cesa si el vencido en juicio no hubiere hecho citar de saneamiento al enajenante, o si hubiere hecho la citación, pasado el tiempo señalado por la ley de procedimientos.

Ver: art. 2110 del C. argentino; 3524 inc. 6º del Esboço de T. de Freitas; 1640 C. francés; 1485 parág. 2º C. italiano; 1540 C. holandés; 2493 C. de Luisiana; 1843 C. chileno; 1899 C. colombiano; 1903 C. ecuatoriano; 1713 inc. 2º C. uruguayo; 1517 C. venezolano; 2124 C. mexicano; 2617 C. nicaraguense; 1590 inc. 1º C. guatemalteco; 1376 inc. 1º C. peruano; 364 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2220 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1154. — No tendrá lugar lo dispuesto en el artículo anterior, y el enajenante responderá por la evicción, si el vencido en juicio probare que era inútil citarlo por no haber oposición justa que hacer al derecho del vencedor. Lo mismo se observará cuando el adquirente, sin citar de saneamiento al enajenante, reconociere la justicia de la demanda, y fuere por esto privado del derecho adquirido.

Ver: arts. 2111 C. argentino; 3535 y 3527 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; y autores citados por Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 2111 de su Código y arts. 2221 del Anteproyecto de Bibiloni y 1364 inc. 3º del Proyecto argenntino de 1936.

Art. 1155. — La obligación por la evicción cesa también si el adquirente, continuando en la defensa del pleito, dejó por dolo o negligencia de oponer las defensas convenientes, o si no apeló de la sentencia de primera instancia, o no prosiguió la apelación. El enajenante, sin embargo, responderá por la evicción, si el vencido probare que era inútil apelar o proseguir la apelación.

Ver: arts. 2112 C. argentino; 1640 C. francés; 1540 C. holandés; 2222 del Anteproyecto de Bibiloni y 1364 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1156. — Cesa igualmente la obligación por la evicción, cuando el adquirente, sin el consentimiento del enajenante, comprometiere el negocio en árbitros, y éstos laudaren contra el derecho adquirido.

Ver: arts. 2113 C. argentino; 1846 inc. 1º C. de Chile; 3532 del Esboço de T. de Freitas, y el art. 2205 del Anteproyecto de Bibiloni y 1353 in fine del Proyecto argentino de 1936, según los cuales "La sentencia arbitral no producirá efectos sino en el caso de que hubiera el enajenante firmado el compromiso".

Art. 1157. — La evicción, cuando se ha hecho un pago por entrega de bienes, sin que reviva la obligación extinguida, tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor.

Ver: arts. 2114 C. argentino; 3519 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2223 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1158. — En las transacciones, la evicción tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor respecto a los derechos no comprendidos en la cuestión sobre la cual se transigió; pero no en cuanto a los derechos litigiosos o dudosos que una de las partes reconoció en favor de la otra.

Ver: arts. 2115 C. argentino; 3519 inc. 2º del **Esboço** de T. de Freitas; 2224 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1159. — Cuando el adquirente venciere en la demanda de que pudiera resultar una evicción, no tendrá ningún derecho contra el enajenante, ni aun para cobrar los gastos que hubiere hecho.

Ver: arts. 2117 C. argentino; 3535 del **Esboço** de T. de Freitas; 2226 del Anteproyecto de Bibiloni y 1366 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1160. — Verificada la evicción, el vendedor debe restituir al evicto el precio recibido por él, sin intereses, aunque la cosa haya disminuido de valor, sufrido deterioros o pérdidas en parte, por caso fortuito o por culpa del comprador.

Ver: arts. 2118 C. argentino; 1630 y 1631 C. francés; 1483 C. italiano; 1047 C. portugués; 2482 C. de Luisiana; 1109 C. brasileño; 195 C. Federal suizo de las Obligaciones; 346 a 357, 440 y 441 C. alemán; 1478 C. español; 1847 C. chileno; 1904 C. colombiano; 1907 C. ecuatoriano; 1706 C. uruguayo; 1508 C. venezolano; 1047 C. boliviano; 1374 C. peruano; 2126 y 2127 C. mexicano; 1038 y 1039 C. costarricense; 1587 C. guatemalteco; 2620 a 2623 C. nicaraguense; 1635 C. hondureño; 3538 del **Esboço** de T. de Freitas; 356 y 357 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 315 y 316 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2227 del Anteproyecto de Bibiloni; 1367 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1161. — El vendedor está obligado también a las costas del contrato, al valor de los frutos, cuando el comprador tiene que restituirlos al verdadero dueño, y a los daños y perjuicios que la evicción le causare.

Ver: arts. 2119 C. argentino; 2228 del Anteproyecto de Bibiloni; 1367 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936 y los códigos citados en la nota anterior.

Art. 1162. — Debe también el vendedor al comprador los gastos hechos en reparaciones o mejoras útiles, cuando él no recibiere, del que lo ha vencido, ninguna indemnización, o sólo obtuviere una indemnización incompleta.

Ver: arts. 2120 C. argentino; 2229 del Anteproyecto de Bibiloni; 1367 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936, con la modificación sugerida por Segovia, consistente en substituir la perífrasis de "mejoras que no sean necesarias", por mejoras útiles.

Art. 1163. — El importe de los daños y perjuicios sufridos por la evicción, se determinará por la diferencia del precio de la venta con el valor de la cosa el día de la evicción, si su aumento no nació de causas extraordinarias.

Ver: arts. 2121 C. argentino; 1633 C. francés; 1048 inc. 1º C. portugués (cuando el vendedor hubiese procedido de mala fe); 1478 inc. 1º C. español; 1847 inc. 5º C. chileno; 1904 inc. 5º C. colombiano; 1907 inc. 5º C. ecuatoriano; 2623 C. nicaragüense; 2127 inc. 1) C. mexicano; 1708 C. uruguayo; 1510 C. venezolano; 1049 C. boliviano; 1377 C. peruano; 1635 inc. 1º C. hondureño; 1591 C. guatemalteco; 2230 del Anteproyecto de Bibiloni y 1367 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Controvertida y delicada la determinación de los daños y perjuicios por la diferencia del precio de venta con el valor de la cosa el día de la evicción, en cuanto plantea la cuestión de saber si ella es debida aun cuando fuera inmensa y resultante, fuera de todas las previsiones, de acontecimientos completamente excepcionales, como la construcción de un canal o el establecimiento de una ciudad, ha dado lugar entre los autores a las discrepancias señaladas por Marcadé a propósito del art. 1633 del Código francés, según el cual **"Si la cosa vendida ha aumentado de precio en la época de la evicción, siendo este aumento independiente del hecho del comprador, está obligado el vendedor a pagarle lo que valga demás sobre el precio de venta".**

Así, Duvergier, siguiendo a Pothier y Dumoulin, juzga por aplicación del art. 1150 del C. francés que fuera del caso de la mala fe, el deudor no debe sino los perjuicios e intereses previstos, al paso que Toullier (t. VI, nº 285), Durantón (t. XVI, nº 295), y Zachariae piensan que la disposición especial del art. 1633 escapa al principio general del art. 1150. Troplong, en fin (t. I, Vente, nº 507), vacila entre ambas doctrinas, porque encuentra que la segunda es más acorde con la ley y la primera más conforme con la equidad. Marcadé se adhiere a esta última por tres motivos: 1º porque es más consonante con la equidad; 2º porque los principios generales no deben sufrir una excepción sino cuando esta excepción es expresa en la ley, lo que no ocurre con el art. 1638 que no deroga lo estatuido por el art. 1150, de suerte que siendo así el art. 1633 debe entenderse naturalmente de eo quod plerumque fit, y no comprensivo de los casos extraordinarios y excepcionales que nos ocupan; y 3º porque el recurso a los principios generales se halla prescripto por el art. 1639, y porque la circunstancia de ser de Domoulin y de Pothier esta doctrina, permite creer que tal haya sido el pensamiento del legislador. Nosotros decimos —termina Marcadé— que la totalidad del mayor valor es debida, en un caso semejante, sólo cuando el vendedor hubiera sido de mala fé. (ver autor y opus cits. t. VI, pág. 281, 6ª edición).

Bien se ve así la inspiración de Marcadé en la redacción del art. 2121 del C. argentino. El vendedor sólo debe pagar en concepto de daños y perjuicios el mayor valor de la cosa al tiempo de la evicción, siempre que el aumento de valor no provenga de causas extraordinarias.

Art. 1164. — En las ventas forzadas hechas por la autoridad de la

justicia, el vendedor no está obligado por la evicción, sino a restituir el precio que produjo la venta.

Ver: arts. 2122 C. argentino; 1851 C. chileno; 1908 C. colombiano; 1911 C. ecuatoriano; 1711 C. uruguayo; 2141 C. mexicano; 2624 C. nicaragüense; 1382 C. peruano; 2231 del Anteproyecto de Bibiloni y 1367 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1165. — El vendedor de mala fe que al tiempo de la venta conocía el peligro de la evicción, debe, a elección del comprador, o el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fueren gastos de lujo, o de mero placer.

Ver: arts. 2123 C. argentino; 1635 C. francés; 1535 C. holandés; 2486 C. de Luisiana; 1051 C. boliviano; 1849 in fine C. chileno; 1906 in fine C. colombiano; 1909 in fine C. ecuatoriano; 1709 in fine C. uruguayo; 1478 inc. 5º C. español; 2127 C. mexicano; 2625 C. guatemalteco; 1379 C. peruano; 1048 C. portugués; 1039 C. costarricense; 359 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2232 del Anteproyecto de Bibiloni y 1368 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1166. — El vendedor tiene derecho a retener de lo que debe pagar, la suma que el comprador hubiere recibido del que lo ha vencido, por mejoras hechas por el vendedor antes de la venta, y la que hubiere obtenido por las destrucciones en la cosa comprada.

Ver: arts. 2124 C. argentino; 1632 C. francés; 2484 C. de Luisiana; 1047 inc. 3º C. portugués; 1111 C. brasileño; 1848 C. chileno; 1905 C. colombiano; 1908 C. ecuatoriano; 1702 parág. 2º C. uruguayo; 1509 in fine C. venezolano; 2626 C. nicaragüense; 3541 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 357 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2233 del Anteproyecto de Bibiloni; 1369 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1167. — En caso de evicción parcial, el comprador tiene la elección de demandar una indemnización proporcionada a la pérdida sufrida, o exigir la rescisión del contrato, cuando la parte que se la ha quitado o la carga o servidumbre que resultare, fuere de tal importancia respecto al todo, que sin ella no habría comprado la cosa.

Ver: arts. 225 C. argentino; 1636 y 1638 C. francés; 1535 y 1538 C. holandés; 2487 y 2491 C. de Luisiana; 1052 a 1054 C. boliviano; 1114 y 1115 C. brasileño; 1049 C. portugués; 1479 C. español; 1710 C. uruguayo; 1513 C. venezolano; 1380 C. peruano; 2134 C. mexicano; 1582 parág. 4º C. chileno; 1904 in fine C. colombiano; 1912 in fine C. ecuatoriano; 2627 C. nicaragüense; 1636 C. hondureño; 1594 C. guatemalteco; 1380 C. peruano; 1041 C. costarricense; 360 y 362 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1484 C. italiano; 3511 y 3544 del Esboço de T. de Freitas; 2234 del Anteproyecto de Bibloni; 1370 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1168. — Lo mismo se observará cuando se hubieren comprado dos o más cosas conjuntamente, si apareciere que el comprador no habría comprado la una sin la otra.

Ver: arts. 2126 C. argentino; 1402 de Goyena; 2235 del Anteproyecto de Bibiloni y 1370 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1169. — Habiendo evicción parcial, y cuando el contrato no se rescinda, la indemnización por la evicción sufrida, es determinada por el valor al tiempo de la evicción, de la parte de que el comprador ha sido privado, si no fuere menor que el que correspondería proporcionalmente, respecto al precio total de la cosa comprada. Si fuere menor, la indemnización será proporcional al precio de la compra.

Ver: arts. 2127 C. argentino; 1637 C. francés; 1537 C. holandés; 2490 con modificaciones, C. de Luisiana; 1053 C. boliviano; 1854 C. chileno; 1911 C. colombiano; 1914 C. ecuatoriano; 1710 parág. 2º C. uruguayo; 1514 C. venezolano; 2628 C. nicaragüense; 361 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2236 del Anteproyecto de Bibiloni y 1371 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VIII

De los vicios redhibitorios

Art. 1170. — Si el dominio, uso o goce de una cosa se transmitió a título oneroso, y al tiempo de la transferencia existieron vicios ocultos

que la tornaban impropia para el uso a que estaba destinada, éstos se juzgarán redhibitorios, cuando por su ineficacia para su empleo, el adquirente, de haberlos conocido, no hubiera tenido interés en adquirirla, o habría dado menos precio por ella.

Ver: arts. 2164 C. argentino; 1641 C. francés; 1541 C. holandés; 2496 C. de Luisiana; 1490 C. italiano; 1484 C. español; 197 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 459 C. alemán; 1857 y 1858 C. chileno; 1718 C. uruguayo; 1057 C. boliviano; 1101 C. brasileño; 1518 C. venezolano; 1351 C. peruano; 2142 C. mexicano; 1082 C. costarricense; 1914 y 1915 C. colombiano; 1917 y 1918 C. ecuatoriano; 2630 C. nicaragüense; 1643 C. hondureño; 1598 C. guatemalteco; 1582 C. portugués; 922 C. austriaco; 365 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 306 parág. 2º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 354 del C. Civil de la República de China; 3581 del **Esboço** de T. de Freitas; 2263 del Anteproyecto de Bibiloni; 1384 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1171. — No procederá la responsabilidad por vicios redhibitorios de la cosa:

1º Cuando la disminución en el valor o en la calidad, fueren de poca monta;

2º Cuando la cosa hubiere sido adquirida por título gratuíto, salvo que fuere por una donación con cargo;

3º Cuando los vicios fueren aparentes;

4º Si por cualquier circunstancia, el adquirente los conocía o debía conocerlos;

5º Cuando la cosa fue adquirida en remate o adjudicación judicial.

Ver: sobre el inciso 1º, el **in fine** del parágrafo 1º del art. 459 C. alemán; 2263 **in fine** del Anteproyecto de Bibiloni e inciso 1º del art. 1385 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 2º, ver: 2165 del C. argentino; 3604 nº 1, inc. 2º del **Esboço** de T. de Freitas, con el agregado de lo dispuesto por el Parágrafo único del art. 1101 del C. brasileño. En efecto, si la donación es un acto de liberalidad, la gravada de cargo confiere un derecho con obligación, razón por la cual, debe regirse por lo dispuesto en el art. 1170. Así también lo preceptúa el art. 1352 del C. peruano.
Sobre el inc. 3º ver: 2173 **in fine** C. argentino; 1642 C. francés; 1491 parág. 2º C. italiano; 1542 C. holandés; 2497 C. de Luisiana; 1058 C. boliviano; 1718 parág. 2º C. uruguayo; 2143 C. mexicano; 1600 C. guatemalteco; 2683 **in fine** C. nicaragüense; 2273 in fine del Anteproyecto de Bibiloni e inc. 2º del art. 1385 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 4º, ver: arts. 2170 C. argentino; 3602 nº 3º inc. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; 3635 nicaragüense; 1600 C. guatemalteco; 1718 **in fine** C. uruguayo; 2270 del Anteproyecto de Bibiloni; (algo (ininteligible en el original) del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 5º, ver: arts. 2171 C. argentino; 1649 C. francés; 3604 nº 2, del **Esboço** de T. de Freitas; 1106 C. brasileño; 1865 C. chileno; 1725 C. uruguayo; 1063 C. boliviano; 1525 **in fine** C. venezolano; 1607 parág. 2º C. guatemalteco; 1489 C. español; 2636 C. nicaragüense; 1648 C. hondureño; 1359 parág. 2º C. peruano; 1922 C. colombiano; 1525 C. ecuatoriano; 2271 del Anteproyecto de Bibiloni; 1385 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 373 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1172. — Incumbe al adquirente probar que el vicio existía al tiempo de la adquisición. No probándolo se juzgará que el vicio sobrevino después.

Ver: arts. 2168 C. argentino; 3605 parág. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; 1724 C. uruguayo; 1606 C. guatemalteco; 2633 C. nicaragüense; 2268 del Anteproyecto de Bibiloni; 1386 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1173. — Las partes podrán renunciar, restringir o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no mediare dolo de parte del enajenante. La exoneración en términos generales, no eximirá á éste, respecto de los que hubiere conocido, y no declaró al adquirente.

Será permitido a las partes crear por el contrato, vicios redhibitorios que naturalmente no lo sean, siempre que el enajenante garantice la no existencia de ellos, o la calidad de la cosa supuesta por el adquirente. Esta garantía tendrá lugar, aunque no se la exprese, cuando el primero afirmó positivamente en el acto, que la cosa estaba exenta de defectos, o que tenía ciertas calidades, aunque al segundo le hubiere sido fácil conocer dichas circunstancias. En las ventas sobre muestra o modelo, se entenderá que las calidades respectivas han sido garantizadas.

Sobre el parág. 1º ver: arts. 2166 y 2169 C. argentino; 3585 y 3587 parág. 2º del **Esboço** de T. de Freitas; 1719 parág. 2º C. uruguayo; 2631 y 2634 C. nicaragüense; 1362 C. peruano; 2265 y 2269 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1387 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º, ver: arts. 2167 C. argentino; 1868 C. chileno; 3611 parág. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; 1920 C. colombiano; 1923 C. ecuatoriano; 1605 C. guatemalteco; 2632 C. nicaragüense; 1362 C. peruano; 3611 parág. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; 2266 del Anteproyecto de Bibiloni; 1387 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Sobre el parág. 3º, ver: arts. 494 C. alemán; 2267 del Anteproyecto de Bibiloni; y parág. 3º del art. 1387 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1174. — Entre adquirente y enajenante que no sean comprador y vendedor, el vicio redhibitorio de la cosa, sólo dará derecho a la acción redhibitoria, pero no a la que se enderece a obtener que se rebaje de lo entregado, el menor valor de aquella.

Ver: arts. 2172 C. argentino; 3597 del **Esboço** de T. de Freitas; 2272 del Anteproyecto de Bibiloni; 1388 del Proyecto argentino de 1936; 2637 C. nicaragüense.
Aun siendo de carácter general la presente regla, la insertamos en esta Sección que trata de la acción redhibitoria entre comprador y vendedor, porque en este Código, apartándonos de la sistemática del C. argentino, no habrá un Título especialmente consagrado a la disciplina de la Evicción, como también lo hace el Código austríaco.
Siendo así, nuestro art. 1174, será aplicable en las relaciones de locador y locatario, por ejemplo.

Art. 1175. — Si la transmisión fue por venta, el vicio redhibitorio tendrá las siguientes consecuencias:

1º En cuanto al vendedor:

a) Deberá sanear al comprador, de los vicios o defectos ocultos de la cosa, aunque los ignore.

b) Si por razón de su oficio o arte debía conocerlos y los calló, indemnizará además al comprador cuando éste lo pidiere, por los daños y perjuicios, siempre que optare por rescindir el contrato.

2º Con respecto al comprador, podrá éste en el caso del primer apartado del inciso precedente, escoger entre el ejercicio de la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, o exigir que se le disminuya del precio el menor valor de la cosa por el vicio que la afectare.

Vencido en una de estas acciones, no podrá intentar luego la otra.

Ver: sobre el parágrafo a) del inc. 1º los arts. 2173 C. argentino; 1643 C. francés; 1542 C. holandés; 2526 C. de Luisiana; 1485 C. español; 1059 C. boliviano; 197 **in fine** C. Federal suizo de las Obligaciones; 459 C. alemán; 1102 C. brasileño; 1861 **in fine** C. chileno; 1918 **in fine** C. colombiano; 1921 **in fine** C. ecuatoriano; 2638 C. nicaraguense; 1644 C. hondureño; 1602 parág. 2º C. guatemalteco; 1719 parág. 1º C. uruguayo; 1520 C. venezolano; 2148 C. mexicano; 1355 parág. 2º C. peruano; 2273 del Anteproyecto de Bibiloni; 1389 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 367 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Sobre el parág. b) del Inc. 1º, ver: arts. 2176 C. argentino; 1645 C. francés; 1494 C. italiano; 1544 C. holandes; 1719 **in fine** C. uruguayo; 1861 C. chileno; 1918 C. colombiano; 1921 C. ecuatoriano; 2641 C. nicaraguense; 1645 parág. 2º C. hondureño; 2145 C. mexicano; 1522 C. venezolano; 1061 C. boliviano; 1486 parág. 2º C. español; 1355 parágrafo 1º C. peruano; 1103 C. brasileño; 2276 del Anteproyecto de Bibiloni; 1389 inc. 1º b) del Proyecto argentino de 1936; 369 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Sobre el inc. 2º, ver: arts. 2174 C. argentino; 1644 C. francés; 1492 C. italiano; 1543 C. holandés; 1861 C. chileno; 1918 C. colombiano; 1921 C. ecuatoriano; 1720 C. uruguayo; 1061 C. boliviano; 1521 C. venezolano; 1355 primera parte C. peruano; 2144 C. mexicano; 2276 del Anteproyecto de Bibiloni; 1389 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 368 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligacionse y los contratos.
Cuando al **in fine** de nuestro artículo, ver: los arts. 2175 C. argentino; 3589 del **Esboço** de T. de Freitas; 1867 C. chileno; 1924 C. colombiano; 1927 C. ecuatoriano; 2640 C. nicaraguense; 1360 C. peruano; 1720 **in fine** C. uruguayo; 2275 del Anteproyecto de Bibiloni e **in fine** del art. 1389 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1176. — Vendiéndose dos o más cosas a la vez, sea bajo un solo precio, sea con asignación de un precio a cada una de ellas, el vicio de la una, sólo dará lugar a su redhibición, salvo que el comprador no habría adquirido la sana sin la dañada, o si la venta fuere de un rebaño, y se tratare de enfermedad contagiosa.

Ver: arts. 2177 C. argentino; 1864 C. chileno; 3590 y 3591 del **Esboço** de T. de Freitas; 1413 y 1414 de Goyena; 1921 C. colombiano; 1924 C. ecuatoriano; 1722 C. uruguayo; 1491 C. español; 2651 y 2652 C. nicaraguense; 1650 y 1651 C. hondureño; 2150 a2152 C. mexicano; 1363 a 1364 C. peruano; 2277 del Anteproyecto de Bibiloni; 1390 del Proyecto argentino de 1936.
Ver: arts. 2178 y 2179 C. argentino; 1647 C. francés; 1488 C. español; 1492 parág. 3º C. italiano; 1862 C.

Art. 1177. — Si la cosa perece por los vicios redhibitorios, el vendedor deberá restituir el precio. Cuando la pérdida fuere parcial, el comprador estará obligado a devolver la cosa en el estado en que se hallare, para que se le reintegre lo que abonó.

Cuando se perdiere por caso fortuito, o por culpa del adquirente, podrá éste sin embargo, reclamar el menor valor ocasionado por el vicio redhibitorio.

---

chileno; 1919 C. colombiano; 1922 C. ecuatoriano; 1723 C. uruguayo; 1524 C. venezolano; 1356 C. peruano; 2153 y 2154 C. mexicano; 1062 C. boliviano; 2643 y 2644 C. nicaraguense; 1656 y 1657 C. hondureño; 2278 y 2279 del Anteproyecto de Bibiloni; 1391 del Proyecto argentino de 1936; 371 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1178. — Lo dispuesto sobre la acción redhibitoria entre comprador y vendedor, es aplicable a las adquisiciones hechas por los actos siguientes:

1º) Dación en pago.

2º) Contratos inominados.

3º) Remates o adjudicaciones, cuando no sea en virtud de sentencia.

4º) Permutas.

5º) Donaciones, cuando procediere la responsabilidad por evicción.

6º) Aportes en las sociedades, siempre que por tal causa se originara la disolución, o que pudiera excluirse al socio que aportó la cosa con vicios redhibitorios.

Ver: arts. 2180 C. argentino; 3598, 3599, 3601 del Esboço de T. de Freitas; 2645 C. nicaraguense; 2280 del Anteproyecto de Bibiloni; 1392 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1179. — La acción redhibitoria es indivisible. Ninguno de los herederos del adquirente puede ejercerla por sólo su parte; pero puede demandarse a cada uno de los herederos del enajenante.

Ver: arts. 2181 del C. argentino; 2646 C. nicaraguense; 2281 del Anteproyecto de Bibiloni y 1393 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO IX

De las obligaciones del comprador

Art. 1180. — El comprador debe pagar el precio de la cosa en el lugar y fecha convenidos. En defecto de estipulación debe pagarlo en el lugar y acto de la entrega.

Si hubiere plazo para el pago, o si el uso del país concede algún término, el precio debe abonarse en el domicilio del comprador.

Cuando a los gastos irrogados por el otorgamiento del instrumento de la venta y los costos del recibo, se estará a lo dispuesto en el art. 1131.

Ver: arts. 1424 C. argentino; 1650 y 1651 C. francés; 1498 C. italiano; 1583 C. portugués; 1549 C. holandés; 2528 C. de Luisiana; 1500 C. español; 211 C. Federal suizo de las Obligaciones; 433 C. alemán; 1871 y 1872 parág. 1º C. chileno; 1928 y 1929 parág. 1º C. colombiano; 1921 y 1932 parág. 1º C. ecuatoriano; 1410 y 1411 C. peruano; 1527 y 1528 C. venezolano; 1728 C. uruguayo; 1064 C. boliviano; 2293 y 2294 C. mexicano; 1551 y 1552 C. guatemalteco; 1083 y 1087 C. costarricense; 2650 y 2661 C. nicaraguense; 1659 C. hondureño; 2044 del Esboço de T. de Freitas; 375 y 376 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 337 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 367 del C. Civil de la República de China; 1499 del Anteproyecto de Bibiloni; 946 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1181. — El comprador puede rehusar el pago del precio si el vendedor no entregare exactamente lo que expresa el contrato, con sus dependencias y accesorios.

Si el comprador tuviere motivos fundados de ser molestado por reivindicación de la cosa, o por cualquier otra acción real, o en el ejercicio de los derechos vendidos, puede suspender el pago del precio, a menos que el vendedor le afiance su restitución.

Ver: arts. 1426 parág. 1º y 1425 C. argentino; 2059 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1653 C. francés; 1481 C. italiano; 1552 C. holandés; 2535 C. de Luisiana; 1584 C. portugués; 1503 C. español; 1872 parág. 2º C. chileno; 1929 parág. 2º C. colombiano; 1932 parág. 2º C. ecuatoriano; 1730 C. uruguayo; 1539 C. venezolano; 1066 C. boliviano; 2299 C. mexicano; 1579 C. guatemalteco; 1088 C. costarricense; 2661 parág. 2º C. nicaragüense; 1661 C. hondureño; 378 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1500 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1182. — El comprador está obligado a recibir la cosa vendida en

el término fijado en el contrato, o en el que fuere de uso local. A falta de un término convenido o de uso, inmediatamente después de la compra.

Ver: arts. 1427 C. argentino; 2044 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 211 C. Federal suizo de las Obligaciones; 433 parág 2º C alemán; 337 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 367 C. C. de la República de China; 1501 del Proyecto de Bibiloni; 946 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1183. — El comprador no puede negarse a pagar el precio del inmueble comprado por aparecer hipotecado, siempre que la hipteca pueda ser redimida inmediatamente por él o por el vendedor.

Ver: arts. 1433 C. argentino; 2064 del Esboço de T. de Freitas; 2672 C. nicaraguense; 1502 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1184. — Si el comprador no recibiera los bienes comprados y el vendedor hubiera recibido el precio en todo o en parte, puede éste solicitar el depósito judicial de aquellos, a riesgo del comprador.

Ver: arts. 1431 C. argentino; 2046 Nº 1 del Esboço de T. de Freitas; 1503 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1185. — Las rglas generales del Título Tercero, De los Contratos en general, respecto del derecho de resolución, se aplican a la compraventa.

Ver: art. 1504 del Anteproyecto de Bibiloni. Aun pudiendo parecer ocioso este precepto, lo reproducimos, dada la supresión del art. 1428 del C. argentino.

CAPITULO X

De las cláusulas especiales que pueden ser estipuladas en el contrato de compraventa.

Art. 1186. — Las partes que contraten la compra y venta de alguna cosa, pueden, por medio de cláusulas especiales, sobordinar a condiciones, o modificar como lo juzguen conveniente las obligaciones que nacen del contrato, con las limitaciones prescriptas por este Código.

Ver: arts. 1363 C. argentino; 1584 C. francés; 2432 C. de Luisiana; 1005 C. boliviano; 1674 C. uruguayo; 1007 C. chileno; 1863 C. colombiano; 1866 C. ecuatoriano; 2673 C. nicaraguense; 1092 C. costarricense; 1480 C. guatemalteco; 1455 del Anteproyecto de Bibiloni; 1363 del Proyecto argentino de 1936

Art. 1187. — Es prohibida la cláusula de no enajenar la cosa vendida a persona alguna, o a persona o personas determinadas.

Ver: art. 1456 del Anteproyecto de Bibiloni; en contra 1364 C. argentino; 931 inc. 1º del Proyecto argentino; 2010 del Esboço de T. de Freitas.
Optamos por la decisión del 1456 del Anteproyecto de Bibiloni, pues, la prohibición de vender a persona o a personas determinadas carece de fundamento racional. Como bien lo explica nuestro autor, ella solo puede servir para perjudicar al comprador, en cuanto quedaría imposibilitado de vender al vecino. Un interés tan subalterno no puede merecer la protección de la ley.

Art. 1188. — Venta a satisfacción del comprador, es la que se hace con la cláusula de no haber venta, o de quedar deshecha la venta, si la cosa vendida no agradase al comprador. No podrá ella ser estipulada por un término mayor de noventa días. Si antes de este plazo pagare el comprador el precio, sin hacer reserva alguna, o si dejare transcurrir el plazo sin haber hecho declaración alguna, se entenderá que la cosa es de su agrado.

Ver: arts. 1365 C. argentino; 2011 del Esboço de T. de Freitas; 1458 del Anteproyecto de Bibiloni, con las modificaciones allí auspiciadas; 2675 del C. nicaraguense; 1520 C. italiano; 1587 C. francés; 326 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1189. — La venta a prueba se presume hecha bajo la condición suspensiva de que la cosa tenga las calidades pactadas o sea idónea para el uso a que está destinada.

La prueba se debe realizar en el término y según las modalidades establecidas por el contrato.

Ver: art. 1521 C. Italiano; 1588 C. francés; 2435 C. de Luisiana; 1009 C. boliviano; 1478 C. venezolano; 1685 C. uruguayo; 1823 C. chileno; 1879 C. colombiano; 1883 C. ecuatoriano; 1453 C. español; 1484 C. guatemalteco; 1612 C. hondureño; 327 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. 339 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 223 C. Federal suizo de las Obligaciones, 495 C. alemán; 384 del C. Civil de la República de China.

Omitido en el C. argentino, en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936

La venta a prueba de que trata el presente artículo es figura jurídica distinta de la venta a **satisfacción del comprador**, de que trata el artículo anterior.

En la **venta a satisfacción** del comprador, el único obligado es el vendedor, al paso que el comprador subordina su obligación a la declaración posterior que promete hacer de que la cosa es de su agrado, de suerte que siendo así pareciera dudoso que haya contrato si su existencia depende de la voluntad de una sola de las partes. Mas la ley autoriza esta singularidad, a favor de la cual mientras el comprador se reserva la libertad de optar entre comprar o no comprar, el vendedor queda abandonado a la incertidumbre. El comprador goza, además de la ventaja de aprovechar todo el tiempo para ofrecer la cosa a otras personas dispuestas a adquirirla. Convención tal es por lo común ajustada por mediadores o comisionistas. Siendo así, la **venta a satisfacción** del comprador es considerada como de **formación sucesiva** (ver: Lordi, **in Codice Civile, Libro delle Obbligazioni**, t. II, **Commentario** bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, pág. 93).

En ese tipo de contrato, el vendedor se halla vinculado por una oferta irrevocable durante un cierto tiempo, dentro del cual debe producirse la aceptación o no del comprador. Así, el art. 1587 del C. francés, análogo al 1452 del C. italiano de 1865 (abrogado) y fuente del 1520 del C. italiano de 1942, como del 1365 del C. argentino, se refiere exoresamente a la venta del vino, del aceite y de las otras cosas que de costumbre se gustan o prueban, y estatuye que mientras el comprador no los gusta y acepta, no hay venta. Siendo así, es una venta condicional.

Muy controvertida en Francia la naturaleza de semejante estipulación, como Marcadé lo ha puesto de relieve (t. VI, pág 155, 6ª edición), no lo ha sido menos en Italia, de cuyos tratadistas, Degni enseña que la venta con reserva a satisfacción del comprador, es una convención referente a determinada mercadería considerada sólo en su cualidad abstracta, pero que, dada su naturaleza, no se perfecciona sino cuando por su degustación o prueba resulta subsistente la cualidad que se le atribuye; al paso que a juicio de Cuturi, el contrato de venta es perfecto y que el ensayo o prueba no mira sino a verificar, para afirmar, que la cosa tiene la cualidad necesaria para el uso a que estaba destinada, de suerte que siendo así el comprador se habría reservado comprar sólo después de la prueba y en el momento de probarla, con que se excluye el efecto retroactivo del acontecimiento futuro e incierto de la condición (ver **in fine Di Blasi, Il Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale**, pág. 105).

La venta a prueba de que trata nuestro art. 1189 contempla especialmente la venta de máquinas dejadas al comprador para que empleándolas las examine y vea si responde al uso a que las tenía destinadas. Es una venta subordinada a la condición suspensiva del éxito de la prueba. Esta prueba es, en este caso, **objetiva**, al paso que la degustación de las cosas vendidas a satisfacción del comprador es **subjetiva** (**arbitrium merae voluntatis**). La venta no depende ya de que al comprador **le guste** o no la cosa por él palpada, sino de la prueba que el vendedor, puede, a su despecho, producir para evidenciar, no la **cualidad pactada**, sino la **idoneidad de la cosa para el uso** de que se trata. Probado este extremo, siquiera la cosa no guste al comprador, se dará por cumplida la condición a que la venta fue subordinada. La prueba no es la condición, sino el ensayo hecho para la identificación de la cosa. Es la confirmación del contrato de parte del vendedor.

Art. 1190. — Si la venta se hace sobre muestra, se entiende que ésta debe servir como exclusivo término de comparación para la calidad de la mercadería, y en tal caso cualquier diversidad atribuye al comprador el derecho a la resolución del contrato.

Sin embargo, cuando de la convención o de los usos resulte que la muestra debe servir únicamente para indicar de modo aproximativo la calidad, se podrá pedir la resolución sólo si la diversidad de la muestra es notable.

El derecho del comprador a la resolución del contrato caducará si no hace saber al vendedor la diferencia de la muestra con la calidad pactada en el término de ocho días de haberla verificado.

Ver: arts. 1522 C. Italiano. Sin antecedentes en la legislación anterior. Viene este precepto formulado por obra de la jurisprudencia. La venta hecha con referencia a una **muestra**, no es condicional. En ella las partes han querido la identidad absoluta y perfecta de la mercadería con una **muestra** que sirve para conocer la calidad de ella. No la habrá si en las tratativas el vendedor se ha limitado a exhibir la mercadería ofrecida en venta, ni tampoco si las partes sólo se han referido genéricamente a un modelo, caso en el cual debe entenderse que tal referencia es una indicación aproximativa a la calidad de la mercadería. Tampoco la hay por la remisión que el vendedor haga de la muestra a título de prueba para futuros negocios.

Si la muestra asume calidad de **modelo** al cual debe ceñirse el vendedor, confiere al comprador el derecho incontrolable de resolver el contrato por cualquiera deformidad de la muestra, aun cuando la calidad observada no sea esencial.

Mas si resulta que el vendedor solo ha querido indicar con la muestra de modo aproximativo la calidad de la mercadería, podrá el comprador pedir la resolución del contrato, sólo si la diferencia de la muestra con la calidad pactada sea **notable**.

Art. 1191. — Venta con pacto de retroventa es la que se hace con la cláusula de poder el vendedor recuperar la propiedad de la cosa vendida mediante la restitución del precio y los reembolsos establecidos por este Código.

El pacto de restituir un precio superior al estipulado para la venta es nulo en cuanto al excedente.

Ver: arts. 1366 C. argentino; con las modificaciones sugeridas por el art. 1500 del C. italiano, en cuanto se deroga la posibilidad de estipular el rescate de la propiedad de la cosa vendida por un precio superior al de compra, como lo autoriza el art. 1366 del C. argentino, y lo reproducen los arts. 1459 del Anteproyecto de Bibiloni y el Inc. 2º del art. 931 del Proyecto argentino de 1936.
Tal posibilidad se halla igualmente auspiciada por el art. 2012 del Esboço de T. de Freitas, sin discriminar el aumento del precio de los gastos para las reparaciones necesarias y los que hayan aumentado el valor de la cosa, como lo autorizan los arts. 1673 del C. francés, 1502 del C. italiano; 1563 y 1568 del C. holandés; 2557 y 2566 del C. de Luisiana; 1384 del C. argentino; 1140 del C. brasileño; 1518 del C. español; 1883 C. chileno; 1753 C. uruguayo; 1941 C. colombiano; 1943 C. ecuatoriano; 1544 C. venezolano; 1095 del C. costarricense; 2692 C. nicaraguense; 1620 del C. guatemalteco; 497 y 500 C. alemán; 2085 del Esboço de T. de Freitas; 393 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 341 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 381 del C. Civil de la República de China; 1472 del Anteproyecto de Bibiloni; 932 del Proyecto argentino de 1936.
Tratándose de una figura jurídica prestada al ejercicio abusivo del derecho y a la explotación de la desgracia, la ligereza o la inexperiencia de otro, condenado y sancionado por los arts. 138 del C. alemán y 554 del presente Código, y que por esta razón se halla abolida por el art. 2302 del C. mexicano y por la ley boliviana del 15 de setiembre de 1887, debe el legislador cuidar que sus definiciones, como la del art. 1366 del C. argentino, no se presten a interpretaciones judáicas que legalizando la usura, autorice el retracto con la leonina condición de que su precio sea, como tal, superior al de compra.
Siendo así era de toda necesidad agregar, como lo estatuye el art. 1500, parág. 2º del C. italiano la nulidad del excedente.

Art. 1192. — Es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor.

Ver: art. 1534 in fine del C. venezolano. El pacto de reventa autorizado por el art. 1367 del C. argentino, por el que el comprador se reserva el derecho de restituir al vendedor la cosa comprada, recibiendo de él el precio que hubiere pagado, y, lo que es peor, con exceso o disminución, como agrega ese precepto, podría permitir préstamos usurarios bajo la apariencia de ese pacto que colocaría al vendedor, prestatario, a merced del comprador, acreedor, facultado a resolver la venta a despecho de la voluntad de la otra parte, y obligar a ésta a devolverle el precio recibido con un aumento que encubra intereses usurarios. Tal género de negocio no puede merecer la protección de la ley, por lo que optamos por la decisión del art. 1534 in fine del C. venezolano según el cual es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor.

Art. 1193. — Pacto de preferencia, es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla.

Ver: art. 1368 C. argentino; 2014 del Esboço de T. de Freitas; 1461 del Anetproyecto de Bibiloni; 931 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 2699 C. nicaraguense.

Art. 1194. — Pacto de mejor comprador, es la estipulación de quedar deshecha la venta, si se presentare otro comprador que ofreciese un precio más ventajoso.

Ver: arts. 1369 C. argentino; 2015 del Esboço de T. de Freitas; 1462 del Anteproyecto de Bibiloni; 931 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1195. — La compra y venta condicional tendrá los efectos siguientes, cuando la condición fuere suspensiva:

1º) Mientras pendiere la condición, ni el vendedor tiene obligación de entregar la cosa vendida, ni el comprador la de pagar su precio, quien sólo tendrá derecho para pedir las medidas conservatorias;

2º) Si antes de cumplida la condición, el vendedor hubiere entregado la cosa vendida al comprador, éste será considerado como administrador de cosa ajena;

3º) Si el comprador, sin embargo, hubiere pagado el precio, y la condición no se cumpliere, se hará restitución recíproca de la cosa y del precio, compensándose los intereses de éste con los frutos de aquélla, si los hubiere percibido.

Ver: arts. 1370 C. argentino; 2066 del Esboço de T. de Freitas; 1463 del Anteproyecto de Bibiloni; 928 del Proyecto argentino de 1936; 2680 del C. nicaraguense.

Art. 1196 — Cuando la condición fuere resolutoria, la compra y venta tendrá los efectos siguientes:

1º) El vendedor y el comprador quedarán obligados personalmente como si no hubiere condición. No habrá transmisión de dominio, aunque se hubiere entregado la cosa vendida. Pendiente la condición, el vendedor tendrá derecho a pedir las medidas conservatorias de la cosa;

2º) Si la condición se cumpliere, se observará lo dispuesto sobre las

obligaciones de restituir las cosas a sus dueños. Los intereses se compensarán con los frutos, como está dispuesto en el artículo anterior.

Ver: arts. 1371 C. argentino; 2067 del Esboço de T. de Freitas; 1464 del Anteproyecto de Bibiloni; 929 del Proyecto argentino de 1936; 2681 del C. nicaraguense.

Art. 1197. — En caso de duda, la venta condicional se reputará subordinada a una condición resolutoria, siempre que antes del cumplimiento de la condición, hubiere el vendedor hecho tradición de la cosa al comprador.

Ver: arts. 1372 C. argentino; 2068 primera parte del Esboço de T. de Freitas; 1466 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936; 2682 del C. nicaraguense.

Art. 1198. — La venta con cláusula de poderse arrepentir el comprador y vendedor, se reputa hecha bajo una condición resolutoria, aunque el vendedor, no hubiere hecho tradición de la cosa al comprador. Habiendo habido tradición, o habiéndose pagado el precio de la cosa vendida, la cláusula de arrepentimiento tendrá los efectos de la venta bajo pacto de retroventa, si fuere estipulada en favor del vendedor; y si fuere estipulada en favor del comprador, tendrá éste el derecho a restituir la cosa al vendedor y exigir de él la devolución del precio que hubiere pagado por ella.

Ver: arts. 1373 C. argentino; 2070 y 2071 del Esboço de T. de Freitsa; 1467 del Anteproyecto de Bibiloni, 930 del Proyecto argentino de 1936; 2683 C. nicaraguense.

Art. 1199. — Las cosas muebles no pueden ser vendidas con pacto de retroventa. Y el mayor plazo para el retracto convencional no puede exceder de tres años improrrogables. Si las partes establecen un término mayor, quedará reducido al término legal.

Ver: arts. 1380 y 1381 del C. argentino; 1660 C. francés; 1501 C. italiano; 1506 C. holandés; 2546 C. de Luisiana; 1432 C. peruano; 1885 C. chileno; 1943 C. colombiano; 1945 C. ecuatoriano; 1622 C. guatemalteco; 1094 C. costarricense; 1141 C. brasileño; 503 C. alemán; 2081 del Esboço de T. de Freitas; 383 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 340 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 380 del C. Civil de la República de Chine; 1471 del Anteproyecto de Bibiloni; 930 in fine del Proyecto argentino de 1936.
El plazo para el retracto convencional es de los más variable en los distintos códigos, pues, va desde un año en el Código guatemalteco hasta los 30 años del Código alemán. Nosotros conservamos el plazo de tres años del C. argentino que Bibiloni elevó a cinco en su Anteproyecto.
Aun cuando el plazo para el retracto, cuanto más largo, favorece al vendedor, puede ser muy perjudicial al comprador por la incertidumbre de su derecho por todo el tiempo de su duración, en cuanto no le es dado saber si la compra que hizo será definitiva o no en tanto no venza el término del pacto, cuando lo propio es que, en el interés de la economía pública, sea la propiedad raíz rodeada de la mayor seguridad e irrevocabilidad. Tal es la razón por la cual nos apartamos del cambio auspiciado por Bibiloni.

Art. 1200. — El vendedor queda obligado a reembolsar al comprador, no sólo el precio de la venta, sino también los gastos hechos por ocasión de la entrega de la cosa vendida, los gastos del contrato, como también las reparaciones necesarias, y dentro de los límites del aumento, los que hayan aumentado el valor de la cosa.

Hasta que se realice el reembolso de los gastos necesarios y útiles, el comprador tiene derecho a retener la cosa. El Juez, empero, puede acordar para el reembolso de los gastos útiles, una prórroga mediante una garantía, si fuere necesaria.

Sobre el parág. 1º ver los arts. 1384 C. argentino; 1673 C. francés; 2565 C. de Luisiana; 1440 parág. 2º C. brasileño; 1518 C. español; 1883 C. chileno; 1753 C. uruguayo; 1544 C. venezolano; 1085 C. boliviano; 1093 C. costarricense; 1941 parág. 3º C. colombiano; 1943 parág 3º C. ecuatoriano; 2692 C. nicaraguense; 500 C. alemán; 2085 del Esboço de T. de Freitas; 1472 del Anteproyecto de Bibiloni; 932 del Proyecto argentino de 1936.
Y sobre el parág. 2º, ver el art. 1502 parág. 2º del C. italiano.

Art. 1201. — El vendedor perderá el derecho de retracto si dentro del término fijado no comunica por escrito y bajo pena de nulidad al comprador la declaración de rescate y no le abona las sumas líquidas debidas por el reembolso del precio, de los gastos y de cualquier otro pago legítimamente hecho para la venta.

Si el comprador se niega a recibir el pago así ofrecido de tales reembolsos, el vendedor perderá el derecho de rescate, si no hace oferta real dentro de los ocho días computados desde el vencimiento del término.

Ver: art. 1503 C. italiano; 1662 C. francés; 2548 C. de Luisiana; 1509 C. español; 1075 C. boliviano; 1536 C. venezolano; 1623 C. guatemalteco; 1094 in fine del C. costarricense; 385 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 340 in fine del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
La mayoría de los códigos citados preceptúan que el vendedor que no hace uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio y los gastos de legítimo abono, fijados en el art. 1200 de este Código, el comprador adquirirá irrevocablemente el dominio de la cosa vendida. No estatuyen acerca de los medios que oportunamente debe emplear el vendedor en ejercicio de su derecho, viniendo de aquí que en la práctica se limitase el vendedor a notificar al comprador su voluntad de recuperar el dominio de la cosa, dejando el reembolso real para una oportunidad posterior e incierta. Mas como quiera que de esta dilación surgiesen cuestiones arduas entre las partes, los compiladores italianos del Código de 1942, llenaron ese vacío con su art. 1503 que trasegamos al 1201 del presente Código.

Art. 1202. — El vendedor que ha ejercido legítimamente su derecho al retracto respecto del comprador, puede obtener la entrega de la cosa también de los anteriores adquirentes, siempre que el pacto sea oponible a ellos por su toma de razón en el Registro de la Propiedad.

Si la enajenación ha sido notificada al vendedor investido del derecho de retracto, deberá éste ser ejercido frente al tercer adquirente, aun cuando el pacto de retroventa no se hubiere insertado en el contrato.

Ver: art. 1504 C. italiano; 1664 C. francés; 1560 C. holandés; 2550 C. de Luisiana; 1077 C. boliviano; 1538 C. venezolano; 1624 C. guatemalteco; 1510 C. español; 1433 C. peruano; 1142 C. brasileño; 387 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 343 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 1203. — El vendedor que ha ejercido el derecho de retracto recobra de nuevo la cosa exenta de las cargas y de las hipotecas de que ha sido gravada; pero está obligado a mantener los arrendamientos o alquileres convenidos sin fraude, siempre que tengan fecha cierta y hayan sido estipulados por un plazo no mayor de tres años.

Ver: art. 1505 C. italiano; 1673 in fine C. francés; 2566 C. de Luisiana; 1520 C. español; 1385 C. argentino; 1753 parág. 1º C. uruguayo; 1085 in fine C. boliviano; 1544 ni fine C. venezolano; 1621 C. guatemalteco; 2693 C. nicaraguense; 1473 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 393 in fine del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1204. — El derecho del vendedor puede ser cedido, y pasa a sus herederos. Los acreedores del vendedor pueden ejercerlo en lugar del deudor.

Ver: arts. 1386 C. argentino; 2087 del Esboço de T. de Freitas; 2694 C. nicaraguense; 1512 del C. español según el cual los acreedores del vendedor no podrán hacer uso del retracto convencional contra el comprador sino después de haber hecho excusión en los bienes del vendedor.
Siendo el retracto un derecho patrimonial, obvio es que pueda ser cedido y transmisible a los herederos del vendedor, lo mismo que los acreedores de éste puedan ejercerlo por acción oblícua o subrogatoria, previa excusión en los bienes del vendedor, como lo estatuye el Código español, pues, sin este requisito no se explicaría que la acción subrogatoria sea ejercida, dada la solvencia del vendedor. Mas los códigos chileno, art. 1884; colombiano 1942; ecuatoriano 1944 estatuyen que el derecho al retracto no puede ser cedido.

Art. 1205. — Si el derecho al retracto pasare a dos o más herederos del vendedor, o si la venta hubiere sido hecha en un solo acto por dos o más copropietarios indivisos de la cosa vendida, será necesario el consentimiento de todos los interesados para recuperarla por entero.

Ver: arts. 1387 C. argentino; 1669 y 1670 C. francés; 1514 C. español; 2558 y 2559 del C. de Luisiana; 1881 y 1882 C. boliviano; 1541 C. venezolano; 1750 C. uruguayo; 1627 C. guatemalteco; 1434 C. peruano; 1507 C. italiano; 2697 C. nicaraguense; 390 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1474 del Anteproyecto de Bibiloni y 933 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1206. — Cuando el comprador ha dejado varios herederos, el derecho de retracto podrá ser ejercido contra cada uno de ellos aunque sean menores de edad sólo en cuanto a la parte que les corresponda, aun cuando la cosa vendida esté todavía indivisa.

Si la herencia ha sido dividida y la cosa vendida ha sido asignada a uno de los herederos, el derecho de retracto no puede ejercerse contra él sino por la totalidad.

Si la compraventa fue prenotada en el Registro de la Propiedad, la obli-

gación de sufrir la retroventa pasa también a los terceros adquirentes de la cosa aunque en la venta que se les hubiere hecho no se expresara que el inmueble estaba sujeto a un pacto de retroventa.

Sobre el parág. 1º, ver: arts. 1509 C. italiano; 1672 C. francés; 2559 C. de Luisiana; 1517 C. sepañol; 1084 C. boliviano; 1390 C. argentino; 1568 C. holandés; 1751 C. uruguayo; 1543 C. venezolano; 1446 de Goyena, 1629 C. guatemalteco; 2698 C. nicaraguense; 392 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1478 del Anteproyecto de Bibiloni; sin correspondencia en el Proyecto argentino de 1936. Omitimos reproducir el art. 1388 del C. argentino, virtualmente contenido en el presente artículo.

Art. 1207. — Si cada uno de los condóminos de una cosa indivisa, ha vendido separadamente su parte, o varios de ellos la han vendido conjuntamente, mediante un solo contrato, cada uno solo puede ejercer el derecho de retracto sobre la cuota que le corresponde.

Si la venta de la porción indivisa se ha hecho por separado, el comprador no podrá exigir que los condóminos ejerzan conjuntamente su derecho de retracto, pero sí cuando la venta se hizo por un solo contrato y el retracto se ejerza por la cosa entera. No poniéndose éstos de acuerdo, el retracto sólo podrá ejercerse por aquel o aquellos que ofrezcan rescatar la cosa entera.

Ver: arts. 1389 C. argentino; 1508 y 1507 C. italiano; 1670 y 1671 C. francés; 2561 y 2558 C. de Luisiana; 2697 C. nicaraguense; 1628 y 1627 C. guatemalteco; 1476 del Anteproyecto de Bibiloni y 934 del Proyecto 1516, 1514 y 1515 C. español; 1083, 1081, 1080 y 1082 C. boliviano; 1750 C. uruguayo; 1542 y 1541 C. venezolano; 1389 C. argentino; 391 y 390 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; argentino de 1936.

Art. 1208. — En caso de venta con pacto de retroventa de una parte indivisa de una cosa, el condómino que pida la división, debe demandarla también contra el vendedor.

Si por no ser cómodamente divisible la cosa se diera lugar a la subasta, el vendedor que no ejerció el retracto con anterioridad a la adjudicación perderá el derecho a la retroventa aun cuando el adjudicatario sea el propio comprador.

Ver: arts. 1506 C. italiano; 1667 C. francés; 2557 C. de Luisiana; 1513 C. español; 1079 C. boliviano; 1540 C. venezolano; 389 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1209. — Si el adquirente de parte indivisa hubiera obtenido por efecto de una división o licitación provocada contra él la adjudicación total del bien, puede obligar al vendedor a rescatar el total cuando éste use del pacto de retroventa, y a reintegrarle el precio o contravalor que tuvo que desembolsar, sin perjuicio de lo dispuesto por el parágrafo 2º del artículo anterior.

Ver: art. 1477 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1667 C. francés y demás códigos citados en la nota al artículo anterior.

Art. 1210. — Si en el contrato de venta con pacto de retroventa se ha estipulado que el vendedor quede como arrendatario o inquilino del fundo, será nula toda cláusula por la cual se pene la falta de pago del canon estipulado con la pérdida del derecho de rescate.

Ver: art. 1545 parág. 1º C. venezolano. Sin antecedente en los otros códigos.

Art. 1211. — La venta con pacto de preferencia no da derecho al vendedor para recuperar la cosa vendida, sino cuando el comprador quisiere venderla o darla en pago, y no cuando la enajenare por otros contratos, o constituyere sobre ella derechos reales.

Ver: arts. 1392 C. argentino; 2090 del **Esboço** de T. de Freitas; 1480 del Anteproyecto de Bibiloni; y 931 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 2699 C. nicaraguense.

Art. 1212. — El vendedor está obligado a ejercer su derecho de preferencia dentro de tres días, si la cosa fuere mueble, después que el com-

prador le hubiese hecho saber la oferta que tenga por ella, bajo pena de perder su derecho si en ese tiempo no lo ejerciese. Si fuere cosa inmueble, después de diez días, bajo la misma pena. En ambos casos estará obligado a pagar el precio que el comprador hubiere encontrado, o más o menos si hubieren pactado algo sobre el precio. Estará obligado también a satisfacer cualesquiera otras ventajas que el comprador hubiere encontrado, y si no las pudiese satisfacer, quedará sin efecto el pacto de preferencia.

Ver: arts. 1393 C. argentino; 2091 del Esboço de T. de Freitas; 1481 del Anteproyecot de Bibiloni; 937 inc 1º del Proyecto argentino de 1936; 2700 del C. nicaraguense.

Art. 1213. — El comprador queda obligado a hacer saber al vendedor el precio y las ventajas que se le ofrezcan por la cosa, pudiendo al efecto hacer la intimación judicial; y si la vendiere sin avisarle al vendedor, la venta será válida; pero debe indemnizar a éste todo perjuicio que le resultare.

Ver: arts. 1394 C. argentino; 2092 del Esboço de T. de Freitas; 1482 del Anteproyecto de Bibiloni; 937 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936 y 2701 del C. nicaraguense.

Art. 1214. — Si la venta hubiera de hacerse en remate público, se notificará al vendedor el lugar día y hora en que ha de hacerse el remate. Si no se le hiciere saber por el comprador, sólo tendrá aquél derecho a la indemnización del perjuicio que hubiera sufrido.

Ver: arts. 1395 C. argentino; 2093 del Esboço de T. de Freitas; y con modificaciones art. 1483 del Anteproyecto de Bibiloni; 937 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936. El 2702 del C. nicaraguense reproduce literalmente lo preceptuado por el 1395 del C. argentino. Mas juzgando Bibiloni que no hay razón de distinguir en relación a la hipótesis de que la venta haya de realizarse en subasta pública, si la cosa es mueble o inmueble, desde que puede el vendedor tener legítimo interés en recuperar obras de arte, alhajas de familia y otros objetos semejantes, auspicia la reforma del 1395 del C. argentino en los términos del presente artículo, punto de vista que compartimos.

Art. 1215. — El derecho adquirido por el pacto de preferencia no puede cederse, ni ser ejercido por los acreedores, ni pasa a los herederos del vendedor.

Ver: arts. 1396 C. argentino; 2094 del Esboço de T. de Freitas; 1484 del Anteproyecto de Bibiloni; 937 del Proyceto argentino de 1936; 2703 C. nicaraguense.

Art. 1216. — Si la cosa vendida fuere mueble, el pacto de mejor comprador no puede tener lugar.

Si fuere cosa inmueble, no podrá exceder del término de tres meses.

El pacto de mejor comprador puede ser cedido, pasa a los herederos del vendedor y puede ser ejercido por los acreedores de éste en caso de concurso.

Ver: arts. 1400 y 1397 del C. argentino refundidos; 2097 inc. 1º y 2º y 2104 del Esboço de T. de Freitas; 1485 del Anteproyecto de Bibiloni; 2707 y 2704 C. nicaraguense. Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1217. — El pacto de mejor comprador se reputa hecho bajo una condición resolutoria, si no se hubiere pactado expresamente que tuviese el carácter de condición suspensiva.

El mayor precio, o la mejora ofrecida, debe ser por la cosa como estaba cuando se vendió, sin los aumentos o mejoras ulteriores.

Ver: arts. 1398 y 1399 C. argentino; 2095 del Esboço de T. de Freitas; Acevedo 1723 inc. 2º; 2705 y 2706 C. nicaraguense; 1486 del Anteproyecto de Bibiloni; 938 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1218. — El vendedor debe hacer saber al comprador quién sea el mejor comprador, y qué mayores ventajas le ofrece. Si el comprador propusiese iguales ventajas, tendrá derecho de preferencia; si no, podrá el vendedor disponer de la cosa a favor del nuevo comprador.

No habrá mejora por parte del nuevo comprador, que dé lugar al pacto de mejor comprador, sino cuando hubiese de comprar la cosa, o recibirla

en pago, y no cuando se propusiere adquirirla por cualquier otro contrato

Ver: arts. 1401 y 1403 C. argentino; Acevedo 1724; 2102 del Esboço de T. de Freitas; 1487 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936, pero reproducidos por los arts. 2708 y 2710 del C. nicaraguense.

Art. 1219. — Cuando la venta sea hecha por dos o más vendedores en común, o a dos o más compradores en común, ninguno de ellos podrá ser nuevo comprador.

Ver: arts: 1402 C. argentino; 2101 del Esboço de T. de Freitas; 2709 C. nicaraguense; 1488 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1220. — Cuando la venta fuese aleatoria, por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, el vendedor tendrá derecho a todo el precio, aunque la cosa no llegue a existir, si de su parte no hubiere habido culpa

Ver: arts. 1404 C. argentino; 2109 del Esboço de T. de Freitas; 2719 Cl nicaraguense; 1489 del Anteproyecto de Bibiloni: 940 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1221. — Si la venta fuese aleatoria por haberse vendido cosas futuras, tomando el comprador el riesgo de que no llegasen a existir, en cualquiera cantidad, el vendedor tendrá también derecho a todo el precio, aunque la cosa llegue a existir en una cantidad inferior a la esperada; mas si la cosa no llegare a existir, no habrá venta por falta de objeto, y el vendedor restituirá el precio, si lo hubiese recibido.

Ver: arts. 1405 C. argentino; 2110 del Esboço de T. de Freitas; 1490 del Anteproyecto de Bibiloni; 940 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 2712 C. nicaraguense.

Art. 1222. — Si fuere aleatoria por haberse vendido cosas existentes, sujetas a algún riesgo, tomando el comprador ese riesgo, el vendedor tendrá igualmente derecho a todo el precio, aunque la cosa hubiere dejado de existir en todo, o en parte, en el día del contrato.

Ver: arts. 1406 C. argentino; 2111 del Esboço de T. de Freitas; 2713 C. nicaraguense; 1491 del Anteproyecto de Bibiloni; 941 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1223. — La venta aleatoria del artículo anterior, puede ser anulada, como dolosa, por la parte perjudicada, si ella probare que la otra parte no ignoraba el resultado del riesgo a que la cosa estaba sujeta.

Ver: arts. 1407 C. argentino; 2112 del Esboço de T. de Freitas; 2114 del C. nicaraguense; 1492 del Anteproyecto de Bibiloni; 941 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO XI

De la venta con reserva del dominio

Art. 1224. — La venta por cuotas de cosa mueble con reserva del dominio no se perfeccionará sino por el pago de la última cuota del precio estipulado, aunque el vendedor la hubiere entregado al comprador para usar y gozar de ella antes de la cancelación de su deuda, pero en este caso, los riesgos serán de su cargo desde el momento que la hubiere recibido.

Ver: art. 1523 C. italiano. Sin antecedente en la legislaci anterior.
Aun cuando modificamos la redacción del 1523 del C. italiano, conservamos su substancia.
Precepto es éste que trabe a contradicción con el principio del C. italiano según el cual la venta de cosa cierta es traslativa del dominio por el solo acuerdo de las partes sobre la cosa y el precio. Viene de aquí qué la doctrina y la jurisprudencia reciente hayan vacilado en reconocer validez al pactum reservati domini donec pretium solvatur, porque el pago del íntegro precio no puede ser una condición para la transferencia del dominio, que por el citado Código adquiere el comprador por su acuerdo con el vendedor sobre la cosa y el precio, aunque no se le haya hecho la tradición, ni pagado el precio, tal como lo estatuía el art. 1448 del Código de 1865.
Y aun cuando por nuestro Deerecho el dominio no se adquiere por el mero acuerdo de voluntades sobre la

cosa y el precio, como lo admiten los códigos francés y sus copias, el italiano, el boliviano, el holandés, el venezolano, etc., sino por la tradición de la cosa; y ésta tiene por lo común lugar aun en las ventas al fiado, es lo cierto que nada obsta a que las partes convencionen que la transferencia del dominio se produzca sólo después que el precio sea pagado, no porque el precio sea condición de la adquisición del dominio, sino porque para vendedor y comprador, su pago reviste tal carácter.

Así en esta nueva figura jurídica, de la venta con reserva del dominio, la transferencia de la propiedad queda pendiente hasta el íntegro pago del precio, mientras al comprador le pasa el derecho de usar y gozar de la cosa adquirida, pero destituído del derecho de disponer de ella hasta que haya pagado el monto total de su precio. El pacto así estipulado asegura al vendedor el derecho de resolver la venta o de retomar la cosa vendida sin necesidad de declaración judicial. La transfrencia de la propiedad de la cosa queda así subordinada a la condición suspensiva del precio. La condición suspende los efectos reales de la venta. No cumplida la condición, no pagado el precio, el comprador no adquiere derecho real alguno sobre la cosa. La doctrina y la jurisprudencia italiana que concibieron y convalidaron esta modalidad de la compraventa de cosas muebles, admitieron, en cambio, que por efecto de la entrega de la cosa al comprador, asume éste los riesgos de ella, como por nuestro Derecho tiene lugar por efecto de la tradición. En abono de esta singularidad del derecho contractual se arguye que gozando el adquirente del contenido patrimonial del derecho de propiedad, constituido por la facultad de usar y gozar de la cosa, justo es que soporte el riesgo del perecimiento de la cosa. La transferencia del dominio y de los riesgos de la cosa, son dos efectos paralelos de la conclusión del contrato, los que, por ser tales, bien pueden separarse el uno del otro, de suerte que siendo así, el sucesivo perecimiento de la cosa en poder del comprador, no puede de ningún modo perjudicar el derecho del vendedor al precio (ver: Di Blasi, **Il libro delle Obbligazioni, Parte Speciale —I— singoli contratti,** Nº 89, pág. 109).

La venta de cosa mueble con reserva de propiedad, fue en puridad introducida por la industria manufacturera para poder vender sus productos aun a personas de no muy clara solvencia. Lordi la equipara a una prenda disimulada o privilegio sin siquiera la publicidad del art. 773 del C. de comercio italiano, consistente en la transcripción de la factura en la secretaría del tribunal del lugar del domicilio del deudor de máquinas de importante valor. El único inconveniente de este género de contrato es la nada envidiable situación creada a los otros acreedores en la quiebra del comprador, porque el vendedor, a quien no se le ha pagado todo el precio, es propietario de la cosa con derecho a reivindicar la cosa. Con todo, este contrato es de uso generalizado, sobre todo ahora que por la expansión enorme de los artículos manufacturados por la industria estadounidense y europea, las firmas comerciales de plaza necesitan dar facilidades a la venta de automóviles, heladeras, motores eléctricos, tractores, etc., de mucho valor, cuando al comprador no le es dado pagar al contado su precio, sino en cuotas distribuidas a plazos de alguna duración. (ver autor cit. **In Codice Civile, Libro delle Obbligazioni,** vol. II, **Commentario** bajo la dirección de D'Amedio y Finzi, pág. 97).

Art. 1225. — La reserva de la propiedad es oponible a los acreedores del comprador, sólo si resulta de escritura pública de fecha anterior al embargo.

Si la venta tiene por objeto máquinas de un precio superior a treinta mil guaraníes, la reserva de la propiedad es oponible también al tercero adquirente, siempre que el pacto de reserva de dominio se haya transcripto en el Registro Público de Comercio, y si se trata de autovehículos, en el Registro de la Propiedad especialmente habilitado al efecto.

Ver: art. 1524 C. italiano. Valiendo erga omnes la publicidad de la venta mobiliaria de máquinas de mayor valor de ₲s. 30.000:00, por su formalización en escritura pública transcripta en el Registro respectivo, mal podrían los terceros adquirentes invocar su buena fe para impugnar los derechos del vendedor, si el adquirente de la cosa la ha vendido fraudulentamente. En este caso, podría el vendedor revocar tal venta hecha en fraude de sus derechos.

Art. 1226. — No obstante pacto en contrario, la falta de pago de una sola cuota, que no supere a la octava parte del precio, no da lugar a la resolución del contrato, y el comprador conserva el beneficio del plazo en relación a las cuotas sucesivas.

Ver: art. 1525 C. italiano. El comprador que ha pagado los siete octavos del precio no puede sufrir la resolución del contrato. Tampoco el fallecimiento del comprador no priva incondicionalmente a su sucesión del beneficio del plazo, a menos que por caer en insolvencia se produzca la caducidad del término de conformidad con el art. 627 de este Código, a menos que sus herederos presten caución a satisfacción del vendedor, o paguen inmediatamente el precio con descuento de los intereses estipulados.

Art. 1227. — Si la resolución del contrato tiene lugar por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir las cuotas cobradas, salvo el derecho a una compensación equitativa por el uso de la cosa, además del resarcimiento de todo daño.

Si se hubiere convenido que las cuotas queden en este caso adquiridas por el vendedor a título de indemnización, el juez, según las circunstancias, podrá reducir la indemnización convenida, si la juzgare excesiva.

La misma disposición se aplicará en el caso de que el contrato se configure como locación, y se convenga que, al término del mismo, la propiedad de la cosa se adquiera por el locatario por efecto del pago de los cánones pactados.

Ver: art. 1526 C. italiano. Al disciplinar este precepto los efectos de la resolución del contrato, coloca a

vendedor y comprador en un mismo pie de igualdad. Tales efectos se producen ex tunc y no ex nunc. El vendedor tiene derecho a la indemnización por el uso hecho medio tempore por el comprador, sin perjuicio de la indemnización del daño, por el deterioro que no sea causado por el uso de la cosa.
Si el comprador ha incurrido en la falta de pago del precio, el vendedor podrá siempre optar entre demandar la resolución del contrato con la restitución de la cosa vendida, o bien sea la ejecución del mismo con pago del saldo.
La facultad conferida al Juez de disminuir la indemnización en el caso de parecerle excesiva, es decisión de equidad conforme con lo estatuido por el art. 645 de este Código.
El parágrafo 3º de nuestro artículo, elimina la posibilidad de que el vendedor que disimuló bajo la forma de locación una venta con reserva de propiedad, pueda retener todas las cuotas del precio como canon del alquiler.
Con todo, si el contrato de venta con reserva de dominio disfrazado de locación constase de instrumento público inscripto en el Registro respectivo, podrá oponerse a los acreedores del comprador, como está dispuesto por el art. 225 de este Código.

CAPITULO XII

De la venta sobre documentos y con pago contra documentos

Art. 1228. — En la venta sobre documentos, el vendedor se libera de la obligación de la entrega, por la remisión al comprador del título representativo de la mercadería y los otros documentos establecidos por el contrato, o en su defecto por los usos.

Ver: art. 1527 C. Italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
No registran nuestras leyes, así la civil, como la comercial, un precepto análogo al art. 1996 del C. italiano de 1942 según el cual: "**Los títulos representativos de mercaderías atribuyen al poseedor el derecho a la entrega de las mercaderías que se especifican en ellos, la posesión de las mismas y el poder de disponer de ellas mediante transferencia del título**", salvo lo estatuido por los incisos 3º y 4º del art. 463 de nuestro C. de Comercio, según los cuales se considera tradición simbólica, salva la prueba contraria en los casos de error, fraude o dolo: a) **la entrega o recibo de la factura sin oposición inmediata del comprador** y b) **la cláusula por cuenta, puesta en el conocimiento o carta de porte, no siendo reclamada por el comprador dentro de veinte y cuatro horas, o por el segundo correo**, de los que se infiere que la posesión por el comprador de las facturas, como la de los conocimientos y cartas de porte, le atribuyen el dominio en relación a los acreedores del vendedor y sus causahabientes, siquiera no perjudique la posesión real de un tercero de buena fe, tal como Segovia, siguiendo a Troplong, Massé, Delamarre y demás autoridades del Derecho francés, enseña en su nota 1672 al art. 463 del C. de Comercio Argentino (ver autor y opus cits. t. II, pág. 17; Delamarre y Le Poitvin, **Traité Theorique et Pratique de Droit Commercial**, t. V, Nº 48, pág. 68, edición París 1861). Viene esta decisión del derecho consuetudinario anterior a Valin, tal como lo preceptúa el art. 281 del C. de Comercio francés respecto del conocimiento, como instrumento representativo de la mercadería que de presente no puede ser entregada al comprador. Siendo así, la factura aceptada de la cosa que se encuentra lejos, sin viajar, es la cosa misma; es su efecto ficticio; y esta ficción es una excepción confirmatoria del principio según el cual, en el comercio, la propiedad no se transmite sino por la tradición.
Se comprenderá así, a través de su fuente, nuestro art. 1228, fruto de la jurisprudencia italiana que confirió título representativo de la mercadería a la póliza de carga del transporte marítimo o bien la carta de acarreo en el transporte terrestre, y atribuyó a su transferencia el valor de prueba de que la mercadería, desvinculada de la jurídica disponibilidad del vendedor, está ya en viaje destinada al comprador, de suerte que siendo así, la transferencia del título equivale a la transferencia de la mercadería misma. El documento o título es empleado en la venta de mercadería recibida para su embarque; en la venta de mercadería ya embarcada; en la venta de mercadería en viaje a bordo de un barco designado, y sirve de prueba del contrato de transporte marítimo, o del embarque ya efectuado, o del seguro contra la avería o la pérdida de la mercadería. Este título confiere al portador acción contra el transportador, el capitán o agente del buque; contra el autor material de la destrucción, para conseguir la indemnización debida por el aseçurador.

Art. 1229. — Salvo pacto o usos contrarios, el pago del precio y de los accesorios debe realizarse en el momento y en el lugar en que se verifica la entrega de los documentos indicados en el artículo anterior.

Cuando los documentos son regulares, el comprador no puede negar el pago del precio aduciendo excepciones relativas a la calidad y al estado de las cosas, a menos que éstas resulten ya demostradas.

Ver: art. 1528 C. Italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
Viene la regla estatuída en el presente artículo, como lógica consecuencia de la construcción jurídica del precepto anterior, al imponer al comprador la obligación de pagar el precio de la cosa y sus accesorios al tiempo en que el vendedor le otorga los documentos establecidos en el contrato. Toda excepción relativa a la calidad de la mercadería queda diferida a un momento posterior. Debe así el comprador limitarse al examen de la regularidad del título o sea de los documentos.
Autor hay que asimiló la obligación asumida por el comprador al aceptar el documento, a la regla solve et repete sobre cuya eficacia y validez en los contratos, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros días; las admite de consuno, porque el pacto, lejos de vulnerar la relación jurídica substancial, refuerza la tutela del acreedor.
El pago es exigido en la forma y tiempo ya indicados, porque el comprador, en posesión del documento, puede transferirlo.

Art. 1230. — Si la venta tiene por objeto cosas en viaje, y entre los documentos entregados al comprador está comprendida la póliza de seguro

por los riesgos del transporte, quedan a cargo del comprador los riesgos a que se encuentra expuesta la mercadería desde el momento de la entrega al porteador.

Esta disposición no se aplicará si el vendedor, en el momento del contrato, estaba en conocimiento de la pérdida o de la avería de la mercadería y lo ha ocultado de mala fe al comprador.

Ver: art. 1529 C. italiano. Sin antecedentes en la legislación anterior.
La venta sobre documento es normalmente acompañada de la cláusula cif. empleada cuando el vendedor cotiza un precio en que se incluyen el costo de la mercadería, el seguro marítimo y todos los gastos de transporte hasta el puerto de destino en el extranjero. En su virtud, el vendedor se obliga a celebrar los contratos de fletamento y pagar los gastos de transporte de la mercadería hasta el puerto convenido en el extranjero; En su virtud el vendedor se obliga a celebrar el contrato y pagar los premios por los seguros marítimos necesarios; a entregar al comprador o a su representante el conocimiento de embarque hasta el destino extranjero convenido; la póliza de seguro marítimo y el certificado negociable de seguro (ver Cermesoni, Contratos Comerciales, pág. 434). Ahora, mientras en la venta de mercadería que debe expedirse se libera el vendedor de los riesgos cargando la mercadería, es decir consignándola al transportador que la conducirá en nombre del titular del título, en la venta de mercadería en viaje el tránsito de los riesgos se retrotrae por costumbre al momento del embarque. La mercadería viaja a riesgo y peligro del destinatario. El comprador asume igualmente los riesgos anteriores a la transferencia del dominio. Ventas tales son acompañadas de la cláusula fob (free and board) con la cual el vendedor carga al comprador todo lo pagado por el transporte, y los riesgos, después del embarque de la mercadería. La cláusula fob equivale en castellano a poner la mercadería "franco a bordo del vapor" (puerto indicado). En consecuencia, el comprador se obliga a responsabilizarse por pérdida y avería sufridas posteriormente al embarque y a tomar a su cargo todo movimiento subsiguiente (ver Cermesoni, opus cit. pág. 432).
Siendo así, la transferencia del riesgo ex tunc del vendedor al comprador es un efecto del principio según el cual, con la transmisión del título, el vendedor transmite al comprador todos los derechos que él tenía sobre la mercadería y todas las acciones derivadas del título.
El vendedor que al tiempo de celebrar el contrato calló que sabía que la mercadería en viaje se había perdido o averiado, no puede exigir su cumplimiento. Su mala fe sería evidente.

Art. 1231. — Cuando el pago del precio debe verificarse por medio de un Banco, el vendedor no puede dirigirse al comprador sino después del rechazo opuesto por dicho Banco y constatado en el acto de la presentación de los documentos en las formas establecidas por los usos.

El Banco que ha confirmado el crédito al vendedor puede oponerle sólo las excepciones derivadas de la incompetencia o irregularidad de los documentos y las relativas a la relación de confirmación del crédito.

Ver: art. 1530 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
Para comprender este precepto hemos de suponer que una firma de Asunción ha vendido a otra de New York, cien toneladas de maíz, a embarcar el día tal del año cual fob puerto de Concepción a bordo del barco X por la suma de mil dólares americanos, contra crédito revocable o irrevocable, a la orden del vendedor, constituido en el The First National City Bank, Sucursal de Asunción.
Siendo revocable el crédito, el Banco por cuyo intermedio debe pagarse la suma en guaraníes equivalente a 1.000:00 dólares ha debido abrir al vendedor un crédito documentado por esta suma, pagadero al cambio libre corriente en plaza contra presentación de los documentos de embarque.
A estos efectos, o sea para cubrirse el comprador en relación al vendedor. ha debido, según como sea de satisfactoria su solvencia económica, garantizar al Banco acreditante el reembolso de la suma que éste debe abonar al vendedor, o pagarle el importe total del crédito, sea en dinero o por el libramiento de documentos cambiarios por el valor de que se trata. El Banco realiza su negocio. Es un tercero respecto del contrato de compraventa.
Como el Banco acreditante de N.Y., tiene sucursal en Asunción, notificará por intermedio de ésta al vendedor que tiene abierto el crédito a su favor. Si no tiene sucursal en Asunción, podrá confiar el encargo a otro Banco, al cual se le suele llamar Banco notificador. En tanto éste no se dirija al vendedor para hacerle saber la apertura del crédito documentado simple o revocable, el vendedor no tendrá derecho alguno contra el Banco acreditante. Esta comunicación tiene carácter de oferta dirigida al beneficiario del crédito, la cual, para que surta efectos, debe ser aceptada por éste, aun cuando de costumbre no es expresamente correspondida. En la misma comunicación fijará el Banco el plazo de vigencia del crédito, de acuerdo con el término en que el vendedor se obligó a embarcar las 100 toneladas de maíz, vencido el cual sin que el vendedor haya hecho el embarque no podrá cobrar su importe, sea en dinero efectivo o mediante una letra girada a cargo del comprador. El Banco notificador abonará el importe del crédito contra la presentación de los documentos de embarque: conocimiento de carga de la mercadería, en doce ejemplares, póliza de seguro, factura consular, certificado de origen de la mercadería y factura comercial.
Las reglas internacionales obligan al Banco notificador a examinar cuidadosamente la documentación, por la cual el vendedor hace tradición de la mercadería, pero sin que por ello el Banco asuma responsabilidad alguna por la insuficiencia o regularidad de los documentos que objetivamente aparecen como regulares, completos y suficientes.
El Banco puede rechazar los documentos y oponerle las excepciones derivadas de la incompetencia e irregularidad de ellos, o de las relaciones de confirmación del crédito.
Sólo en este caso y subsidiariamente puede el vendedor dirigirse al comprador para responder del precio y demás gastos previa comprobación de la regularidad de los documentos, a menos que haya quedado revocado el crédito por no haber el vendedor hecho el embarque en tiempo oportuno.
Si el crédito documentado es irrevocable, el comprador no puede revocarlo después que el contrato haya quedado concluído. Por consiguiente, no podrá tampoco negarse a pagar al Banco el importe que éste hizo efectivo al vendedor, alegando que el vendedor no cumplió el contrato en la forma convenida, pues, siendo el Banco extraño al contrato de compraventa, mal ha podido, al aceptar la letra, verificar si el vendedor ha cumplido o no las obligaciones que por el contrato con el comprador tomó a su cargo (ver: Pedro E. Torrez, El Crédito Documentado, Buenos Aires, 1942; Lordi in opus cit. t.II, pág. 110 y ss.; Blasi, opus cit. Parte Speciale, pág. 120; Messineo, opus cit. IV, Nº 18, pág. 147 y ss.).

CAPITULO XIII

De la venta a término de títulos de crédito

Art. 1232. — En la venta a término de títulos de crédito, los intereses y los dividendos exigibles después de la conclusión del contrato y antes del vencimiento del término, si se cobran por el vendedor, son acreditados al comprador.

Si la venta tiene por objeto títulos en acciones, el derecho de voto corresponde al vendedor hasta el momento de la entrega.

Ver: art. 1531 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
Aun tratándose, en el presente caso, de un contrato que esquemáticamente no pasa de ser una venta, es distinta de la que se hace al contado, regida por las reglas generales de la venta de cosas muebles. La singular disciplina de la venta a plazo de títulos de crédito, se funda en la variabilidad del valor de los títulos de crédito público o privados, y en el decurso del tiempo entre la conclusión del contrato y su ejecución, factores ambos que determinan, bajo la influencia de causas diversas, una oscilación de su valor de cambio, del cual, cada uno de los contratantes espera obtener ventajas. El plazo rige en el interés común de ambas partes, y es esencial.
Lo que caracteriza a este contrato es que ni el vendedor entrega el título, ni el comprador paga su precio, pero tanto la entrega del título, como el pago de su precio son remitidos a un vencimiento futuro. Como enseña Di Blasi, la venta es simplemente obligatoria, no real. Cuando la venta se celebra en la Bolsa, se lo concluye con la intervención de los mediadores necesarios o agentes de cambio legalmente autorizados caso en el cual todos los contratos vencen en la misma fecha y la entrega de los títulos y su pago se efectúan en el mismo día, llamado día de la liquidación. La operación de Bolsa produce los efectos de costumbre entre las partes que la celebran: el comprador revende con el mismo vencimiento el título que compra y el vendedor lo readquiere, de donde viene la frecuente liquidación por el solo pago de la diferencia. De dos clases son las ventas de Bolsa: 1g) la venta, rara vez usada, llamada "diferencial" en la cual contraprestación de la entrega del título es la diferencia entre el precio determinado en el contrato y su cotización en la fecha del vencimiento, de suerte que por consistir la contraprestación en el álea del aumento o la disminución del precio, según el curso de las cotizaciones, el contrato es aleatorio; y 2ª) la venta a plazo, cuyo objeto es la cosa no individualmente determinada, pero deducida por su cantidad y el género a que pertenece, y en la cual la contraprestación a cargo del comprador es el cambio entre dicha cosa y el precio convenido. Meramente consensual este contrato se perfecciona por el acuerdo de las partes sobre el precio y la cosa, pero no es traslativo de propiedad, ni aun en el Derecho italiano, sino meramente obligatorio. Los riesgos y peligros de la cosa pasan al comprador por la individualización de la cosa, como lo estatuye nuestro art. 945. Mas nuestro art. 1232 no es conforme con estos principios al estatuir que los intereses y dividendos exigibles después de la venta y antes del vencimiento del término, pertenecen al comprador, a quien se atribuye la propiedad, porque incide sobre el valor de la cosa. En cambio, el derecho al voto de los títulos de acciones se atribuye al vendedor, porque siendo él su poseedor, tiene la posibilidad de ejercerlo.

Art. 1233. — El derecho de opción inherente a los títulos vendidos a término corresponde al comprador.

El vendedor, cuando el comprador formule petición en tiempo útil, debe poner a éste en situación de ejercer el derecho de opción, o bien debe ejercerlo por cuenta del comprador, si éste le ha proveído de los fondos necesarios.

En defecto de petición de parte del comprador, debe el vendedor cuidar la venta de los derechos de opción por cuenta del comprador, por medio de un agente de cambio o de un instituto de crédito.

Ver: art. 1532 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
El derecho de opción, como accesorio del título vendido, pertenece al comprador. Es regla común estatutaria de las sociedades por acciones que todo accionista tiene el derecho a suscribirse a nuevas acciones con particular ventaja.
Siendo así, bastaría tal precepto para explicar la primera parte del presente artículo, ya que todos los derechos inherentes a la propiedad del título inciden sobre el que compre el título. El parágrafo primero agrega que si el comprador suministra al vendedor los fondos necesarios para el ejercicio del derecho de opción, debe éste ejercerlo por su cuenta, y, porque prescribe que el vendedor debe poner al comprador en situación de ejercer su derecho de opción si éste le ha pedido en tiempo útil, no puede negarse a hacerlo.
El comprador que ejerce su derecho de opción está obligado a la restitución.
Inexcusable la negligencia del vendedor, aun cuando el comprador no le hubiese formulado petición en tiempo útil, cuando el derecho de opción fuese negociado en la Bolsa o de cualquier modo tuviese un precio corriente, incurriría en culpa igual a la del depositario o del acreedor prendario que descuidase de percibir por cuenta del propietario los frutos naturales o civiles de la cosa poseída a título de depósito o de prenda.

Art. 1234. — Si los títulos vendidos a término están sujetos a sorteo de premios o reembolsos, los derechos y las cargas que deriven del sorteo corresponden al comprador, cuando la conclusión del contrato sea anterior al día establecido para iniciarse el sorteo.

El vendedor, al solo efecto indicado por el parágrafo anterior, debe co-

municar por escrito al comprador una característica numérica de los títulos al menos un día antes de iniciarse el sorteo.

En defecto de tal comunicación, el comprador tiene la facultad de adquirir, a costa del vendedor, los derechos relativos a una cantidad correspondiente de título, comunicándolo al vendedor antes de iniciarse el sorteo.

Var: art. 1533 del C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior
Como inspirado que es el presente artículo en los mismos principios del precepto anterior, los premios y reembolsos, como accesorios del título, pertenecen al comprador desde el día en que él venga a ser propietario. Y porque la posesión del título pasa al comprador, preceptúa el parágrafo 2º lo que el vendedor debe hacer un día antes al menos al sorteo; y el parágrafo 3º el derecho que compete el comprador en caso de que el vendedor omita el cumplimiento de dicha obligación.

Art. 1235. — El comprador debe proporcionar al vendedor, al menos dos días antes del vencimiento, las sumas necesarias para ejecutar los pagos exigidos sobre los títulos no liberados.

Ver. art. 1534 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
La obligación impuesta por este precepto al comprador es correlativa del principio según el cual pasan al comprador, desde la conclusión del contrato, todas las cargas que gravan el título, a igual que todos los derechos que le son conexos, y de la obligación del vendedor de ejercerlos por cuenta del comprador

Art. 1236. — Si al vencimiento del término convienen las partes prorrogar la ejecución del contrato, se debe la diferencia entre el precio originario y el corriente en el día del vencimiento, salvo los usos contrarios.

Ver: art. 1535 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
La prórroga del contrato de venta a término no importa novación, o sea liquidación del precedente contrato y conclusión de otro sobre los mismos títulos, sino la subsistencia, del mismo contrato con nueva fecha de vencimiento, previo pago de una suma, que puede ser mayor de la diferencia entre el precio fijado en el contrato y el precio corriente en el día del vencimiento. Esta mayoración del precio puede ser requerida para garantizar el eventual descarte del título, o sea por tener un precio menor.

Art. 1237. — En caso de incumplimiento de la venta a término de títulos, se observarán las normas de los arts. 1122 y 1123, salvo en cuanto a los contratos de Bolsa lo que dispongan las leyes especiales.

Ver: art. 1536 C. italiano. Sin antecedentes en la legislación anterior.
No todos los contratos de venta de títulos a término son contratos de Bolsa.
Son de Bolsa aquellos que tienen por objeto títulos de la deuda del Estado, las acciones y obligaciones de compañías y cualquier título de análoga naturaleza, sea nacional o del extranjero, porque se celebran con la intervención de agentes de cambio, y son estipulados sobre modelos preparados al efecto. Las leyes italianas especiales aplican a tales contratos, en caso de incumplimiento, el procedimiento de la liquidación coactiva. El Paraguay deberá oportunamente, después que vuelva a funcionar su Bolsa de Comercio, reglamentar el procedimiento que debe aplicarse a esos contratos.
En los demás casos, el contrayente respecto del cual no se ha cumplido el contrato, podrá proceder a su ejecución coactiva en daño de la parte incumplida, de acuerdo con los arts. 1122 y 1123 del presente Código.

CAPITULO XIV

De la venta de herencia

Art. 1238. — La venta de una herencia ya deferida debe hacerse, bajo pena de nulidad, en escritura pública, cualquiera sea el monto del acervo hereditario, e inscribirse en el Registro de las Sucesiones.

El vendedor está obligado a prestarse a los actos que sean necesarios por su parte para hacer eficaz, frente a los terceros, la transmisión de cada uno de los derechos comprendidos en la herencia.

Sobre el parág. 1º, ver: arts. 1184 inc. 6º C. argentino; 1543 parág. 1º del C. italiano; 1549 del Anteproyecto de Bibiloni; 962 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º, var: parág 2º del art. 1543 del C. italiano.
Harto sabido es que el C. argentino omite tratar de la venta de herencia, debido a un sensible olvido de Véloz Sarsfield, quien, en su apostilla al art. 1484, reservó, disciplinarla, como cesión de derechos hereditarios, en el Libro IV. Los arts. 1696 del C. francés; 1545 del C. italiano de 1865 (ya abrogado); 1573 del C. holandés; 2620 del C. de Luisiana; 1531 del C español; 1909 del C. chileno; 1967 del C. colombiano; 1970 del C. ecuatoriano; 1767 del C. uruguayo; 1556 del C. venezolano; 2047 del C. mexicano; 1639 del C. guatemalteco; 1117 y ss., del C. costarricense; 1461 del C. peruano; 2732 C. nicaraguense; 1671 del C. hondureño, etc., tratan de la venta de herencia bajo el título de la cesión de crédito y de otros derechos, y a su imitación los arts. 1549 y ss., del Anteproyecto de Bibiloni y 962 y ss., del Proyecto argentino, como cesión de herencia, en un Capítulo de la cesión de derechos. Sólo el C. italiano de 1942 trata de

esta materia en sus arts. 1542 a 1547, ubicados en la Sección IV del Tít. III en la cual se disciplina la **Compraventa**. Nosotros seguimos esta fuente, siquiera al explicar esta materia en nuestro Tratado de Derecho Hereditario (t. II, Nº 207, pág. 131 y ss.) hayamos advertido de conformidad con el art. 1435 del C. argentino, que si la cesión se hiciese por un precio cierto en dinero, o rematado, o dado en pago, o adjudicado en virtud de una ejecución de una sentencia, se la juzgará por las disposiciones sobre el contrato de compraventa, tal como la estiman Hamel y Perreau in Planiol y Ripert, t. X, Nº 355, pág. 405; Quillouard, **Traités de La Vente & De L'Echange**, t. II, Nº 875, pág. 418; Baudry-Lacantinerie & Saignat, **De La Vente et de L'Echange**, Nº 862, pág. 897 y ss., y demás autoridades del Derecho francés. Tales son las razones por las cuales separamos esta materia en la **Cesión los Créditos** disciplinada por los arts. 900 a 925 del presente Código, y la reservamos al Título de la **Compraventa**.

Dado que siendo el objeto de la venta de una herencia ya deferida una universalidad jurídica, en la que se comprenden todas las cosas particulares, muebles o inmuebles y todos los derechos y acciones transmitidos al heredero por fallecimiento de su autor, o como decía Pothier "**todo lo que se haya obtenido y se obtendrá**", lógico es que el título traslativo por venta de la herencia sea otorgado en escritura pública y que de ésta se tome razón en el Registro de la Propiedad, porque la sucesión en los derechos del propietario es, a tenor de los arts. 2524 inc. 6º, 3265, 3410 a 3420 del C. argentino, un modo de adquirir el dominio, cualquiera sea el monto del acervo hereditario, y no limitado a mil pesos, como reza el art. 1184 inc. 6 del C. argentino, pues, lo mismo da que la herencia valga cien que un millón.

La segunda parte de nuestro artículo mira a evitar que subrogado el comprador de la herencia en los derechos del heredero vendedor, no encuentre obstáculos de parte de terceros para ejercerlos, derivados de la inacción o negligencia del tradente que pueda haber escapado a sus propias previsiones al tiempo del contrato.

La venta de herencia no incluye la calidad personal de heredero, la cual es indeleble, según el proloquio romano: **Qui smel heres, semper heres**. El adquirente o comprador de la herencia es sólo sucesor a título singular de los derechos patrimoniales constitutivos del acervo hereditario. El vendedor conserva siempre respecto de terceros su calidad de heredero, expuesto a la acciones que éstos puedan ejercer contra él fundados en su calidad de tal. Los acreedores de la sucesión no tienen acción directa contra el comprador o cesionario porque no han contratado con él, pero sí por acción subrogatoria u oblícua de su deudor, tal como lo dejamos explicado en nuestro Tratado de Derecho Hereditario, t. II, pág. 132.

Art. 1239. — El que vende una herencia sin especificar los objetos particulares incluídos en ella, no está obligado a garantizar más que la propia calidad de heredero, o sea su derecho a la sucesión, que no esté restringido por el derecho de un heredero preferente, o por la existencia de legados o cargas desconocidas y de obligación de colacionar o de particiones ordenadas.

Tampoco el vendedor garantiza la evicción ni los vicios de los bienes particulares comprendidos en la herencia.

Sobre el parág. 1º, ver: art. 1542 C. italiano; y sobre lo que sigue; arts. 2376 C. alemán; 1476 y 2160 C. argentino; 1696 C. francés; 2620 C. de Luisiana; 1531 C. español; 1767 C. uruguayo; 1556 parág. 1º C. venezolano; 1909 C. chileno; 1967 C. colombiano; 1970 C. ecuatoriano; 2047 C. mexicano; 1120 C. costarricense; 2732 C. nicaraguense; 1671 C. hondureño; 1639 C. guatemalteco; 1555 del Anteproyecto de Bibiloni y 946 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936, y lo que sobre la obligación de garantía dejamos explicado bajo el Nº 211 del t. IIº de nuestro Tratado de Derecho Hereditario (pág. 145).

Art. 1240. — Si lo que se vendiere fueren sólo pretensiones hereditarias o los derechos a una sucesiós, y no la herencia misma, el contrato será aleatorio para el comprador quien no tendrá acción para pedir la restitución del precio, salvo prueba de dolo del vendedor.

Ver: arts. 2161, 2162 y 2163 C. argentino. 1556 del Anteproyecto de Bibiloni; 967 del Proyecto argentino de 1936; 3568 in fine del **Esboço** de T. de Freitas.

La mala fe del vendedor consistirá en el conocimiento cierto que tenía de no ser suya la herencia, sea por indignidad, o por desheredación, o por haber otro heredero preferente, o por haberla renunciado, o estar obligado a colacionar etc., casos en los cuales, como lo estatuye el art. 2162 del C. argentino, estará obligado a devolver al comprador lo que de él hubiese recibido y a indemnizarle todos los gastos y perjuicios que le haya ocasionado, y así lo hemos explicado bajo el Nº 213 del t.II de nuestro Tratado de Derecho Hereditario.

Art. 1241. — Formalizado el contrato de venta de herencia deberá el comprador o en su defecto el vendedor, presentar inmediatamente testimonio de la escritura respectiva al Juez de la sucesión y hacer que se notifique de su substancia a los acreedores de la masa hereditaria y a los coherederos y legatarios.

Ver: art. 2384 del C. alemán; 1550 del Anteproyecto de Bibiloni; 962 in fine del Proyecto argentino. Ambas partes tienen interés legítimo en que los acreedores de la masa, los coherederos y legatarios se impongan de la venta.

Art. 1242. — No se comprenden en la transferencia, y se entenderán a favor del vendedor:

1º) La parte de herencia deferida al vendedor, después de la venta, por substitución o falta de un coheredero, así como lo obtenido por una cláusula de mejora o de dispensa de la colación;

2º) Los papeles, retratos y recuerdos de familia, así como las distinciones honoríficas del causante o antepasados, aunque representen algún valor;

3º) Derechos sobre el sepulcro ocupado por los restos del causante o de los antepasados del vendedor, salvo que la venta sea hecha a un coheredero.

Sobre los parágrafos 1º y 2º, ver arts. 2373 C. alemán; 1551 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 963 inc. 1º, 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 3º, ver: art. 3106 inc. 2º y 2950 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1975 inc. 3º del Proyecto de 1936, según los cuales: "El sepulcro no podrá ser objeto de enajenación o de cesión por parte de los herederos, ni a título oneroso ni gratuito", mientras estén ocupados por los restos del causante de la sucesión. El mismo precepto faculta, empero, al Juez a permitir la venta o cesión con tal que se trasladen los restos a otra tumba que considere adecuada. Ver igualmente lo que acerca del derecho sobre una sepultura explicamos bajo el Nº 9 del t. I de nuestro Tratado del Derecho Hereditario, pág. 70 y ss.

Art. 1243. — Verificada la venta, el vendedor estará obligado:

1º) A entregar los bienes de la herencia que existan en el momento de formalizarse aquélla, incluso lo recibido con anterioridad, sea por la venta de los valores pertenecientes a la masa, por un acto jurídico relativo a ésta, o por resarcimiento en virtud de la pérdida, deterioro o substracción de cualquier objeto hereditario.

2º) A reintegrar al comprador el valor de lo que hubiere consumido o dispuesto a título gratuito, o en caso de haber gravado algún bien, el importe de su disminución, a no ser que el adquirente hubiere conocido la existencia de esos actos.

No corresponderá resarcimiento, si el deterioro, pérdida o imposibilidad de reintegro, respondieran a otra causa.

3º) A garantizar que el derecho vendido no está menoscabado por las causas mencionadas en el art. 1239.

Optamos en este caso por la redacción del art. 964 del Proyecto argentino de 1936, trasunto, a su vez, de lo esbozado por Bibiloni, como sigue:
Sobre el inc. 1º, ver: los arts. 2374 del C. alemán; 1552 del Anteproyecto y autores citados por Bibiloni en la nota respectiva.
Sobre el inc. 2º, ver: art. 2375 C. alemán; 1553 del Anteproyecto de Bibiloni.
Sobre el inc. 3º, ver: art. 2376 C. alemán; 1555 del Anteproyecto de Bibiloni y lo preceptuado por el art. 1239 de este Código.

Art. 1244. — El vendedor conserva los frutos y productos útiles correspondientes al tiempo anterior a la conclusión del contrato; pero soportará en proporción a su parte hereditaria, las cargas que durante ese período afectaren la explotación de los bienes y, entre ellas, los intereses por las deudas de la masa.

El comprador debe abonar los impuestos de sucesión, y las contribuciones o cargas que han de considerarse como impuestas sobre el capital de los bienes de la sucesión.

Ver: arts. 2379 C. alemán; 1558 del Anteproyecto de Bibiloni; y argumentos de los arts. 583, 1416, 2894 y 2900 del C. argentino; 965 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1245. — Desde que por auto motivado y ejecutoriado del Juez de la sucesión, se declarare al comprador subrogado en los derechos del vendedor, serán de cargo de aquél los riesgos de la pérdida fortuita de los bienes comprendidos en la herencia y las cargas que la graven. Correlativamente corresponderán al comprador los productos y frutos de dichos bienes.

Ver: arts. 2380 C. alemán, según el cual los efectos contemplados en el presente artículo se producen **desde la conclusión del contrato**, singularidad reproducida literalmente por el art. 1559 del Anteproyecto de Bibiloni y el 966 inc. 1º del Proyecto argentino. Mas como quiera que por nuestro derecho el contrato no es modo de adquirir el dominio, estimamos mejor que tales efectos sólo se produzcan desde que por auto motivado y ejecutoriado del Juez de la sucesión se declarare al comprador subrogado en los derechos vendidos por el heredero, porque sólo así tendría la venta la publicidad inherente a la tradición, que en el Derecho hereditario es producida por la declaratoria de herederos, incluso de los hijos y ascendientes legítimos que entran en posesión de la herencia desde el día de la muerte del autor de la sucesión, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, como lo estetuye el art. 3410 del C. argentino.
¿De qué le serviría al comprador su contrato substraído a la publicidad de su homologación por auto del

Juez de la sucesión, y en tanto lo ignorasen los otros coherederos y los acreedores de la masa hereditaria? Tales son las razones por las cuales nos apartamos en este punto de las fuentes citadas más arriba.

Art. 1246. — El comprador, no obstante cualquier pacto en contrario, está solidariamente obligado con el vendedor a pagar las deudas hereditarias, a menos que el vendedor hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario.

Ver: arts. 1546 C. italiano, el cual admite el pacto en contrario; 2382 C. alemán; 1561 del Anteproyecto de Bibiloni; 961 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1247. — El comprador debe reembolsar al vendedor todo lo que éste haya pagado por deudas y cargas de la herencia antes de la conclusión del contrato, y debe abonarle, además, los otros gastos en lo que han aumentado el valor de los bienes hereditarios al tiempo de la celebración de la venta.

Ver: arts. 2381 C. alemán; 1545 C. italiano; 1560 del Anteproyecto de Bibiloni; 1678 C. francés; 1556 in fine C. venezolano; 1766 parág. 2º C. uruguayo; 1910 parág. 2º C. chileno; parág. 2º C. colombiano; 1971 parág. 2º C. ecuatoriano; 1531 C. español; 2049 C. mexicano; 1641 C. guatemalteco; 1118 C. costarricense; 1674 C. hondureño; 2733 parág. 2º C. nicaragüense; 1463 C. peruano; 966 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1248. — La enajenación a título gratuito de una herencia se regirá por las reglas de la donación.

El donante no está obligado a indemnizar al donatario por los bienes que hubiere consumido o enajenado o gravado gratuitamente. Tampoco está obligado a garantizar al donatario por evicción que éste pueda sufrir de los bienes donados, a menos que la haya prometido expresamente; o haya ocultado dolosamente los vicios de los bienes comprendidos en la donación; o se trate de donación que impone cargas al donatario, o de donación remuneratoria, casos en los cuales la garantía se debe hasta la concurrencia del monto de las cargas o de la importancia de las prestaciones recibidas por el donante.

Ver: arts. 1437 C. argentino; 2385 parág. 2º C. alemán; 1547 in fine y 797 del C. italiano; 1563 del Anteproyecto de Bibiloni.

TITULO V

DE LA PERMUTACION

Art. 1249. — Tiene lugar el contrato de permutación cuando uno de los contratantes se obliga a transferir al otro la propiedad de cosas, o de otros derechos, a trueque de que éste le transfiera la propiedad de otras cosas, o de otros derechos.

Ver: arts. 1485 C. argentino, que limita indebidamente la permuta al trueque de la propiedad de cosas, cuando también tiene lugar por el de la propiedad de otros derechos, según así lo estatuye el art. 1552 del C. italiano. Ver igualmente los arts. 1702 del C. francés; 1592 parág. 1º C. portugués; 1577 C. holandés; 2630 C. de Luisiana; 1538 C. español; 1897 C. chileno; 1955 C. colombiano; 1957 C. ecuatoriano; 1123 C. boliviano; 1769 C. uruguayo; 1558 C. venezolano; 2327 C. mexicano; 1646 C. guatemalteco; 1100 C. costarricense; 2748 C. nicaragüense; 1677 C. hondureño; 410 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 352 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 1250. — El permutante, si ha sufrido la evicción y no quiere recibir de nuevo la cosa que dió, tiene derecho al valor de la cosa cuya evicción sufrió, según las normas establecidas para la venta, salvo en todo caso el resarcimiento del daño.

Ver: art. 1553 del C. italiano; 1705 C. francés; 1580 C. holandés; 1489 C. argentino; 2633 C. de Luisiana; 1593 C. portugués; 1540 C. español; 1773 C. uruguayo; 1561 C. venezolano; 1127 C. boliviano; 1660 C. guatemalteco; 2329 C. mexicano; 2752 C. nicaragüense; 1679 C. hondureño; 412 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1251. — Salvo pacto en contrario, los gastos de la permuta y los otros accesorios son a cargo de ambos contratantes por partes iguales.

Ver: art. 1554 C. italiano. Sin antecedente en el Código abrogado ni en el francés. Dado que por regla general, como se establecerá en el artículo siguiente, la permutación se rige subsidiariamente por las normas reguladoras de la compraventa, era de toda necesidad el presente artículo por el que, en relación a los gastos se preceptúa, contrariamente a lo dispuesto respecto de la compraventa, en el cual los gastos son a cargo del comprador, salvo pacto en contrario, que ellos serán a cargo de ambos contratantes, por partes iguales. Ver igualmente el art. 1164 parág. 1º C. brasileño, y 1564 C. venezolano.

Art. 1252. — En todo lo que no se haya determinado especialmente en esta Sección, la permutación será regida por las disposiciones concernientes a la venta.

Ver: arts. 1492 C. argentino; 1707 C. francés; 1555 C. italiano; 2637 C. de Luisiana; 1541 C. español; 1594 C. portugués; 515 C. alemán; 237 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1900 C. chileno; 1958 C. colombiano; 1960 C. ecuatoriano; 1164 C. brasileño; 2331 C. mexicano; 1775 C. uruguayo; 1563 C. venezolano; 1128 C. boliviano; 1662 C. guatemalteco; 1100 C. costarricense; 2755 C. nicaragüense; 1680 C. hondureño; 1465 C. peruano; 415 del Proyecto de las Obligaciones y los contratos; 353 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 398 del C. Civil de la República de China; 1505 del Anteproyecto de Bibiloni; 947 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1253. — Es nula la permutación de valores desiguales entre ascendientes y descendientes, hecha sin consentimiento expreso de los otros descendientes.

Ver: art. 1164 parág. II, C. brasileño. Mira esta disposición a evitar que bajo la apariencia de un contrato similar a la venta se lleve a cabo un acto por el cual se prefiera a un hijo por una donación disfrazada, tal como lo prohibe el art. 3604 del C. argentino. Tal es la razón por la cual se exige para la validez de la permutación entre ascendientes y descendientes, la conformidad de los otros descendientes.

TITULO VI

DEL CONTRATO ESTIMATORIO

Art. 1254. — Tiene lugar el contrato estimatorio por la entrega que una parte hace a la otra de una o varias cosas muebles y la obligación que ésta contrae de pagar su precio, salvo que restituya las cosas dentro del término establecido.

Ver art. 1556 del C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior. Aun sin carta de ciudadanía en nuestras costumbres el **contractus aestimatorius** del Derecho romano (Digesto, Lib. XIX, Tit. III, **Ulpianus, lib. 32 ad Edictum**), que ya desde los días de Ulpiano se ofrecía inominado y se prestaba a la dificultad de decidir cuál sea la acción que podría ejercerse en virtud de dicho contrato, por sus tangencias con la venta, con la locación y el mandato, (ver **Les Cinquante livres do Digeste ou des Pandectes de L'Empereur Justinien**, t. III, pág. 75, edición 1804; Maynz, **Cours de Droit Romain**, t. II, parág. 244, 2º, pág. 343; **Accarias, Precis de Droit Romain**, t. II, nº 653, pág. 416), pero de tiempo atrás muy usado en Italia y objeto de la mayor atención de parte de sus doctrinadores, no obstante su omisión en el Código de 1865, es hoy materia disciplinada por los arts. 1556 a 1558 del Código de 1942, por lo que juzgamos conveniente conferirle el sitio que le corresponde en el presente código, cierto de que servirá útilmente para la regulación de los contratos estimatorios que lleguen a ajustarse en lo venidero entre nosotros.

Aun cuando nuestro artículo basta por sí solo para caracterizar el contrato estimatorio, y las peculiaridades de su substancia siguen siendo las mismas hoy que en los días de Ulpiano, no está demás que resumamos aquí lo que a tal propósito enseña Messineo. Dice, en efecto, nuestro autor que este contratos consiste en la **entrega** de cosas muebles (mercaderías menudas, libros, productos de artesanado, géneros de consumo o de vestir y similares) **estimadas (taxationis causa)** por un **precio** (y de ahí, el nombre de contrato), que un sujeto (concedente o **tradens**) hace a otro (concesionario o **accipiens**), con el propósito de que el segundo, si no le hace la restitución dentro del término establecido, le deberá pagar el precio convenido.

La ley no dice —agrega Messineo— pero la realidad económica enseña, que el contrato en cuestión tiene la finalidad de permitir al que ha recibido las cosas, la venta de ellas, pero al mismo tiempo, le permite restituirlas si no consigue venderlas. Por tanto, ese contrato sirve al **comercio al menudeo** y se emplea en las relaciones entre el productor y el vendedor al por menor (el contrato es denominado también **"contrato de ropavejeros" — trodelvertrag**).

Para que surja, el contrato tiene necesidad de la **entrega**, por lo que la mayor parte de los autores considera que se trata de contrato **real (qui re perficitur)**. He aquí, según nuestro autor, sus efectos:

1º) La obligación del **accipiens** de pagar el precio dentro de un cierto término, o a restituirlas transcurrido ese término, es una **obligación facultativa** (o con **facultad alternativa**), por la cual, la prestación debida es una sola, o sea el pago del precio (obligación pecuniaria), pero él tiene el poder de liberarse de ella restituyendo las cosas que se le hayan entregado.

2º) El art. 1557 (que reproduciremos en seguida) limita la facultad de elección del concesionario-deudor, subordinándola a la **existencia e integridad** de las cosas, en el sentido de que, si la una o la otra ha desaparecido, por causa no imputable a él, no queda liberado; con la consecuencia de que el deudor no queda exonerado, en ningún caso, de pagar el precio. Esto significa que el que recibe las cosas asume el **riesgo**, ya sea del parecimiento o del deterioro de las mismas. Siendo así, el contrato tiene naturaleza **aleatoria**. No se trata de la derogación del principio general según el cual los derechos que por contrato transmite una persona a otra, sólo pasan al adquirente por la tradición, porque en el contrato estimatorio la entrega que hace el concedente no importa tradición. Este conserva la propiedad de las cosas. La derogación consiste

en que el que concesionario responde de la causa no imputable a él porque asume el riesgo del incumplimiento aun no imputable él. Es un caso de **responsabilidad contractual sin culpa.**
3º) El precio debido al concedente, es, de ordinario, inferior al precio al que el concesionario está autorizado a vender las cosas a terceros
4º) El **accipiens** no adquiere la propiedad de la cosa mientras no haya pagado el precio. Explícase así que en tanto la cosa no haya entrado en el patrimonio de éste, no puedan sus acreedores embargarla, ni ejecutarla, y que en caso de quiebra del **accipiens** tampoco pueda el Síndico apoderarse de ella, y en cambio pueda el condente reivindicarlas.
5º) En caso de quiebra del concedente la cosa o cosas forman parte de la masa activa de él.
6º) Para hacer posible la finalidad económica del contrato, se acuerda al concesionario la disponibilidad de las cosas, siendo válidos sus actos independientemente de que se haya realizado el pago de ellas. Esta autorización para disponer de las cosas no significa adquisición de la propiedad de ellas. El concedente conserva su derecho de propiedad, siquiera temporalmente privado del poder de disponer de ellas, hasta tanto que, por efecto, de la restitución, vuelva él a tener la posesión.
Es de notar que hasta el presente perdura la incertidumbre de la doctrina acerca de la verdadera naturaleza del contrato estimatorio. Viene de aquí que como en los días de Ulpiano no haya acuerdo sobre la acción que pueda ejercerse en virtud de tal contrato.
Según unos este contrato contiene elementos del **depósito** y de la **oferta de venta**, puestos en términos de subordinación del primero a la segunda, en el sentido de que el depósito se substituye si la cosa no se vende, o bien, el depósito tendría función instrumental y preparatoria de la eventual venta
Pretenden otros que se trataría de una venta bajo condición suspensiva (si falta la restitución), o de sociedad entre ambas partes, o de comisión para vender.
No falta quien sostenga que se trata de una de una venta bajo condición resolutoria, porque hay una prestación contra precio. Mas se opone a esta concepción la falta de transpaso de la propiedad al concesionario mientras no se pague el precio, al mismo tiempo que se le transpasan los riesgos aun subsistiendo en el concedente la propiedad de las cosas.
Enseña Balbi que salvo particularidades no significativas, el contrato estimatorio es una compraventa pura y simple, no subordinada a condición alguna.
Mas Messineo rechaza esta doctrina en cuanto sería una venta muy extraña que no hace perder el dominio al concedente, sino que sólo le priva de la disponibilidad que vuelve a readquirir tan pronto como vuelve a tener la posesión de las cosas.
De Martini, por su parte, entiende que el contrato estimatorio no sería un contrato preparatorio del intercambio, sino preparatorio del efecto de ese intercambio; y, sin embargo, definitivo, el cual importaría dos momentos interdependientes: uno de autorización para la función de intercambio, constitutivo del derecho real de disposición, sometido a término final; y otro obligatorio, consistente en la obligación del **accipiens** de pagar el precio, suspensivamente condicionada al evento de un acto de disposición por parte de ese mismo **accipiens.**
Concluye nuestro autor que a estar a los términos de la ley, puede deducirse que el contenido esencial del contrato reside en atribuir al **accipiens** un poder de disposición al cual, sin embargo, se acompaña (**ex lege**) la reserva de la propiedad de las cosas al **tradens**, propiedad que se perderá con el pago del precio.
El contrato así caracterizado es un contrato autónomo, el cual, no tiene por qué ser ubicado en la Sección consagrada a la venta de las cosas muebles (ver Messineo, opus, cit. t. V, pág. 156 y ss.; Ernesto Eula, **in Codice Civile, Libro delle Obbligazioni**, Comentario a cargo de D'Amelio y Finzi, t. II, pág. 154).

Art. 1255. — El que ha recibido las cosas no queda liberado de la obligación de pagar su precio, si la restitución de las mismas en su integridad se ha hecho imposible por causa no imputable a él.

Ver: art. 1557 C. italiano y la nota anterior.

Art. 1256. — Son válidos los actos de disposición realizados por el que recibió las cosas; pero sus acreedores no pueden someterlas a embargo mientras no se haya pagado el precio.

El que entregó las cosas no puede disponer de ellas mientras no le sean restituídas.

Ver: art. 1558 C. italiano. Al estatuir la ley que sólo por efecto del pago, la cosa entra en el patrimonio del **accipiens**, queda excluída la teoría según la cual la obligación de éste es alternativa, porque si tal fuese le bastaría la declaración de querer restituir las cosas para verse liberado de los riesgos, por la concentración de la obligación en una de las prestaciones en alternativa. Y si quisiera dar por perfeccionada la transferencia de la propiedad de las cosas le bastaría la declaración de querer pagar su precio.

TITULO VII

DEL SUMINISTRO

Art. 1257. — El suministro es el contrato por el cual una de las partes se obliga mediante un precio cierto en dinero, a ejecutar, a favor de la otra, prestaciones periódicas o continuadas de cosas.

Ver: art. 1559 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior y extranjera. Se trata de una especie, diferenciada, de venta, que presenta analogías con la venta de cosas muebles que deben ser entregadas por cuotas, pero es distinto de ésta porque el suministrador está obligado a efectuar varias prestaciones (por lo regular, de cosas fungibles) conexas entre sí, aunque autónomas. En la venta, por el contrario, se da una prestación única, pero fraccionada que tiene lugar en orden a la ejecución, pero no a la formación del contrato.

El suministro se diferencia también de la venta a entregar por cuotas por el hecho de que el suministro tiene duración indeterminada, al paso que la venta a entregas por cuotas implica la previa determinación de la prestación conjunta y de las prestaciones singulares (Messineo, opus cit. t. V, parág. 142, pág. 150). Grandi, Ministro Guardasello, en su informe sobre el Código de 1942, advierte que el contrato de suministro no debe confundirse con el contrato de empresa a destajo para la realización de una obra o de un servicio mediante un precio en dinero, porque mientras el primero tiene por objeto cosas fungibles, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de una obra o servicios (ver autor cit. **Relazione del Ministro Guardasigilli**, Nº 683, pág. 452).

Las cosas que pueden ser objeto del contrato de suministro podrían ser agua, frutos, combustibles, vituallas, materiales de construcción, minerales, vestuario, impresos, mercaderías de consumo general, municiones, armas y energías, térmicas, motrices, de iluminación, las cuales pasan a ser propiedad del suministrado para ser consumidas, o bien para su goce, por ejemplo, medios de locomoción, proporcionados por un período determinado.

Otra característica de este contrato es la necesidad del suministrado, de donde viene la necesidad de que la cosa suministrada sea idónea por su calidad y cantidad para satisfacerla. Como se verá por el art. 1258, no determinándose la importancia del suministro, se entenderá pactada la correspondiente a las necesidades normales de la parte que tiene derecho a él, teniendo en consideración el momento de la conclusión del contrato. En caso de controversia se impondrá una pericia técnica enderezada a establecer en qué cantidad ha de estimarse la necesidad normal.

Si se hubiere estipulado la cantidad máxima y la mínima, corresponderá su fijación al suministrado.

Si sólo se hubiese establecido la cantidad mínima, no podrá el suministrado negarse a recibir la cantidad que supere al mínimo indicado.

Agrega Messineo que otros caracteres del suministro son:

a) el riesgo, dependiente de la eventualidad de que en el curso de la ejecución, varíen los precios, y la posibilidad de que por esta causa, una de las partes sufra daño; y

b) el hecho de que la entrega de la cosa exija al suministrante un trabajo preparatorio de manipulación, embalaje, transporte, distribución, etc., además de la transferencia.

Art. 1258. — Cuando no se determine la importancia del suministro, se entiende pactada la correspondiente a las necesidades normales de la parte que tiene derecho a él, teniendo en consideración el momento de la conclusión del contrato.

Si las partes han establecido solamente el límite máximo y el mínimo para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponde al que tiene derecho al suministro establecer, dentro de los límites indicados, la cuantía de lo debido.

Si la importancia del suministro ha de determinarse en relación a las necesidades y sólo se hubiere establecido una cantidad mínima, el que tiene derecho al suministro está obligado por la cantidad correspondiente a la necesidad si ésta supera dicho mínimo.

Ver: art. 1560 C. Italiano. Sin antecedente legislativo tanto en Italia, como en los otros Estados de Europa. Tres son los arbitrios preceptuados para la determinación de la importancia del suministro:

1º) Cuando no se la ha determinado expresamente en el contrato, la ley presume habérsela pactado en la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades normales del suministrado;

2º) Cuando se ha limitado dentro de un mínimo y un máximo, sea para el suministro total o para las prestaciones singulares, corresponderá al suministrado fijarla dentro de dichos límites; y

3º) Cuando habiendo de determinarse la cuantía en relación a las necesidades del suministrado, y sólo se ha establecido una cuantía mínima, el suministrado está obligado a recibir la cantidad correspondiente a su necesidad, siquiera ésta supere al mínimo de consumo, sin sacrificar la legítima expectativa de la empresa.

Art. 1259. — En el suministro con carácter periódico, pero por tiempo no determinado, el precio debe ser fijado en consideración al momento del vencimiento de las prestaciones singulares y al lugar en que éstas deben ser cumplidas.

Ver: arts. 1561 C. italiano. Sin antecedente legislativo.

Art. 1260. — En el suministro de carácter periódico el precio se abonará en el acto de las prestaciones singulares y en proporción a cada una de ellas.

En el suministro de carácter continuado, el precio se pagará según los vencimientos de uso.

Ver: art. 1562 C. italiano. Sin antecedente legislativo.

En estos dos artículos coordinados, se contempla la obligación del suministrado de pagar el precio, según como sea la duración del tiempo asignado al suministro.

Cuando el suministro debe hacerse dentro de un ciclo y en relación al cual el empresario suministrante quiere cubrirse del riesgo inherente a la provisión de la mercadería y a la variación del mercado, el precio suele establecerse preventivamente de modo uniforme, según una tarifa, que debe regir por todo el período contractual o por un tiempo dado. En este caso, el precio es fijado en globo, con referencia al conjunto de la prestación que integra el presupuesto diario o periódico del suministrado, o con referencia global a otro elemento, como en el caso, por ejemplo, del suministro carcelario, en el cual el precio es fijado para la población de presos con referencia al presupuesto de alimentos y accesorios, fijado en el reglamento para cada detenido y por día de su presencia.

La uniformidad preestablecida del precio es normal, sobre todo en el suministro continuado, en el cual sería difícil, atento al desenvolvimiento de la prestación, establecer día por día, la medida del precio. Esta uniformidad es necesaria en el suministro continuado para el consumo, en el cual, queda la mercadería a disposición del suministrado, quien debe poder servirse de ella en cualquier momento por el precio preestablecido, como en aceptación o ejecución de una oferta objetiva que en su tiempo le haya hecho el suministrante.

Las partes pueden regular el precio con absoluta autonomía, como también la modalidad del pago, su eventual anticipación y garantía.

En relación de esta autonomía estatuye nuestro art. 1260 que en el caso de que el suministro tenga carácter periódico pueda el precio ser indeterminado en el momento de la celebración del contrato, pero fijado en consideración al momento del vencimiento de las prestaciones singulares y al lugar en que éstas deban ser cumplidas.

En cuanto al tiempo del pago las partes son libres de fijarlo según su particular interés. La ley sólo interviene para fijarlo con criterio de regla supletiva para el caso de silencio del contrato, o para integrar o interpretar la cláusula que sea incompleta u obscura (ver Ernesto Eula, **In Codice Civile, Libro delle Obbligazioni**, t. II, **Commentario** dirigida por D'Amelio y Finzi, pág. 180).

Art. 1261. — El término establecido para las prestaciones singulares se presume pactado en interés de ambas partes.

Si quien tiene derecho al suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrante con un preaviso oportuno.

Ver: art. 1563 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.

El parágrafo primero del presente artículo es conforme con lo estatuido por el art. 625 del presente Código, y su segunda parte supone la derogación contractual de esa misma regla, supuesto en el cual, debe el beneficiario del plazo comunicar al suministrante la fecha de las prestaciones singulares que debe hacer.

Art. 1262. — En caso de incumplimiento de una de las partes relativo a prestaciones singulares, puede la otra demandar la resolución del contrato si el incumplimiento tiene una notable importancia y es tal que disminuya la confianza en la exactitud de los sucesivos cumplimientos.

Ver: art. 1564 C. italiano. Siendo el contrato de suministro un contrato de prestaciones recíprocas o sinalagmático, comporta su resolubilidad por aplicación del principio consagrado por el art. 1066 **In fine** del presente Código.

Mas dado que las prestaciones singulares del contrato de suministro son autónomas, al paso que la relación contractual es unitaria, se impone la necesidad de examinar si el incumplimiento de una de dichas prestaciones puede repercutir sobre todo el contrato. Nuestro artículo, como su fuente, contempla la incidencia de un singular incumplimiento sobre la prosecución del contrato, y estatuye que si el incumplimiento puede, por su importancia, comprometer el ulterior desenvolvimiento del contrato y disminuir la confianza en la exactitud de las sucesivas prestaciones, autoriza al suministrado a demandar la resolución del contrato.

Art. 1263. — Si la parte que tiene derecho al suministro es incumplido y su incumplimiento es de escasa importancia, el suministrante no puede suspender la ejecución del contrato sin darle el oportuno preaviso.

Ver: art. 1565 C. italiano. El presente artículo es conforme con lo precepuado por el art. 1061 **In fine** de este Código, por el que se consagra el principio general **Inadimplenti non est adimplendum.**

Art. 1264. — El pacto por el cual el que tiene derecho al suministro se obliga a dar la preferencia al suministrante, en la estipulación de un contrato posterior para el mismo objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda del plazo de cinco años. Si se conviniese un término mayor, quedará reducido a cinco años.

El que tiene derecho al suministro debe comunicar al suministrante las condiciones propuestas por terceros y el suministrante debe aclarar, bajo pena de caducidad, en el término establecido o, en su defecto, dentro del exigido por las circunstancias o por los usos, si piensa valerse del derecho de preferencia.

Ver: art. 1566 C. italiano. Sin antecedente legislativo, como todos los de esta sección. El informe del Ministro Guardasello —que es la exposición de motivos del C. italiano de 1942— dice a este propósito que no toda restricción a la actividad jurídica es ilícita en sí y por sí, sino sólo cuando constituye un ligamen intolerablemente exorbitante, razón por la cual se ha circunscrito a un quinquenio la duración del derecho de preferencia acordado al suministrante (ver Grandi, opus cit. Nº 685, pág. 454).

Art. 1265. — Si en el contrato se ha pactado la cláusula de exclusividad a favor del suministrante, la otra parte no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni puede proveer, salvo pacto en contrario, por medios propios a la producción de las cosas que constituyen objeto del contrato.

Ver: art. 1567 C. italiano. Frecuente en los contratos de suministro la cláusula de exclusividad que produce el efecto de evitar la concurrencia en daño de una de las partes, no es reprobada por la ley. Antes al contrario, estipulada a favor del suministrante, asume el valor de una prohibición al suministrado de proveer por medios propios a la producción de las cosas que constituyen objeto del contrato, salvo pacto en contrario.

Art. 1266. — Si la cláusula de exclusividad es pactada en favor de quien tiene derecho al suministro, no puede el suministrante llevar a cabo en la zona para la cual se ha concedido la exclusividad y por la duración del contrato, ni directa ni indirectamente, prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que constituyen el objeto del contrato.

El que tiene derecho al suministro, y asume la obligación de promover, en la zona que se le ha asignado, la venta de las cosas de las que tiene la exclusividad, responderá de los daños en caso de incumplimiento de tal obligación, aún cuando haya cumplido el contrato respecto de la cantidad mínima que se haya fijado.

Ver: art. 1568 C. italiano. Al legitimar este artículo la cláusula de preferencia a favor del suministrado, grava al suministrante con una obligación de no hacer suministros en la zona asignada a aquel por todo el tiempo de duración del contrato, de prestaciones de la misma naturaleza de aquellas que constituyen el objeto del contrato. En correlación con esta prohibición, el parágrafo segundo de nuestro artículo sanciona el incumplimiento de la obligación asumida por el suministrado de vender en exclusividad las cosas objeto del contrato con la acción de daños y perjuicios.

Art. 1267. — Si la duración del suministro no ha sido establecida, cada una de las partes puede denunciar el contrato dando a la otra preaviso dentro del término pactado, o en su defecto, dentro del término oportuno teniendo en consideración la naturaleza del suministro.

Ver: art. 1569 C. italiano. La decisión de este artículo es un principio común a todos los contratos de larga duración, en los cuales las partes no han establecido término de vencimiento.

Art. 1268. — Se aplican al suministro, en cuanto sean compatibles con las disposiciones que anteceden, las reglas que regulan el contrato al que corresponden las prestaciones singulares.

Ver: art. 1570 C. italiano. El contrato de suministro puede variar de tipo, según que tenga por objeto el suministro por venta, por locación, por uso, por consumo, etc. Y así, según como sea este continente, podrá recurrirse a lás normas reguladoras de tal singular contrato para integrar el régimen normativo de la parte en la cual nada se ha dispuesto por los contratantes. Así, podrá utilizarse la disposición relativa a la compraventa, por ejemplo, la que consagra la garantía por los vicios y defectos ocultos de la cosa suministrada, o la que estatuye acerca del modo indirecto de determinar el precio de la cosa vendida, etc.

TITULO VIII

REDESCUENTO DE TITULOS DE CREDITO CON RETROCESION A TERMINO

Art. 1269. — El contrato de redescuento de títulos de crédito con retrocesión a término tiene lugar cuando una de las partes transfiere en propiedad a la otra títulos de crédito de una determinada especie, por un precio cierto en dinero, y el adquirente asume la obligación de transferir a aquélla, al vencimiento del término establecido, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, contra reembolso del precio, que puede ser aumentado o disminuido en la medida convenida.

Ver: art. 1548 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
El contrato al cual se refiere el presente artículo es el llamado "riporto" del C. italiano de 1942, que se ha pretendido traer al castellano con el nombre de "reporto", pero que a nuestro juicio, es sencillamente intraducible razón por la cual le buscamos una designación convencional derivada de sus características esenciales, de modo que se la conozca como "Redescuento de títulos de crédito con retrocesión a término", siquiera fuera preferible otra reducida a uno o dos vocablos, con los que infelizmente no hemos podido dar. Explicando Messineo este contrato, nos dice que su función económica es la de permitir a quien posee títulos de crédito, procurarse dinero por un cierto tiempo, sin enajenarlos definitivamente, y a quien tenga dinero disponible, hacer de él un seguro y productivo empleo, a término breve, o sea, con la posibilidad de recuperar pronto, en restitución, el dinero.
"Jurídicamente, agrega nuestro autor, este contrato es Inmediatamente traslativo de títulos de crédito (de un determinado género), por un determinado precio, al que se acompaña simultáneamente la

asunción de la obligación de retrocesión, al vencimiento, de otros tantos títulos de la misma especie (no necesariamente los títulos idénticos), contra reembolso del precio; de lo que resulta que, quien los redescuenta, adquiere un mero derecho de crédito a la entrega de una cantidad de títulos del mismo género y no un derecho real sobre títulos determinados.
Originariamente contemplada esta figura jurídica por el art. 73 del C. de Comercio italiano de 1882, ya abrogado, bunto menos que como venta con pacto de retroventa de títulos de crédito, dió lugar, como reza la Relación del Guardasellos Grandi, a larga y fructuosa polémica científica acerca de su naturaleza jurídica. El resultado de la aludida discusión —agrega la Relación— es que, malgrado la retrocesión a término de los títulos redescontados haya sido concebida por el legislador de 1882 como una doble venta mobiliaria, es un contrato esencialmente unitario, porque las dos transferencias del dominio hechas inversamente a término, son interdependientes entre sí, y no constituyan dos operaciones distintas sino el coeficiente de una operación única. Esta reconstrucción del instituto utiliza el mecanismo de la venta sólo como expediente. (ver opus cit. Nº 679, pág. 449).
Como se va, no hay manera de confundir este contrato con la venta mobiliaria con pacto de retroventa. Y por lo que llevamos expuesto, evidente es que suponiendo la posesión de títulos de crédito, al portador, se entiende, un primer descuento de cada letra o título por el que lo posee, su transferencia a término a otro que también lo descuenta, pues le viene a esta segunda operación y a la correlativa que inversamente y al cabo del término pactado debe hacerse de títulos de la misma especie, el nombre de redescuento, como cabe llamarle en nuestro idioma, por su semejanza con el redescuento que de su cartera pueden hacer los Bancos públicos y que por el art. 95 de la Ley Nº 18 de creación del Banco Central del Paraguay puede aceptar esta institución para que dichos Bancos hagan frente a las extraordinarias extracciones de sus depositantes en casos de emergencia, vulgarmente conocidos por "corridas".
Dispone, en efecto, el art. 98 de la citada Ley que: **"Todo documento descontado o redescontado por el Banco Central en las condiciones establecidas por los artículos anteriores, deberá ser retirado o pagado por la institución bancaria que la hubiere presentado para su descuento o redescuento, en la fecha de su vencimiento o a la expiración del plazo por el cual hubiere sido descontado o redescontado sin perjuicio de que pueda ser retirado, previo pago de su importe, en cualquier momento, pero los intereses se calcularán por períodos mínimos de 30 días".**
En las operaciones de esta índole, la institución bancaria debe endosar cada título de crédito a favor del Banco Central, de suerte que siendo así, le transfiere por el endoso la propiedad del título. El Banco Central deviene propietario ad tempus del título, si al vencimiento del plazo pactado lo restituye a la institución bancaria que ha sufrido la corrida.
La tasa del interés estipulada por el Banco Central debe agregarse a la suma pagada por cada título, la cual, según como sea la solvencia del respectivo librador de la letra, puede variar entre un porcentaje de su valor escrito o ser a la par. Así también se agrega en el Derecho italiano un quid al precio del título transferido, al cual se le llama **reporto** (ver Messineo, t. V, parág. 141, pág. 139 y ss.; Di Blasi, **Il Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale**, pág. 138; Ernesto Eula, **Codice Civile, Libro delle Obbligazioni**, t. II, **Commentario** bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, pág. 124 y ss.).
La diferencia entre el redescuento admitido por el Banco Central y el contemplado por nuestro art. 1269 consiste en que aún teniendo lugar en el primer caso la transferencia del dominio del título a favor del Banco Central, tanto como tiene lugar en el segundo, y su disponibilidad sea perfecta, de suerte que en uno y otro supuesto pueda revendérse el título o dárselo en caución, el Banco Central se abstiene de hacerlo, porque el redescuento que hace no mira tanto a la obtención de una ganancia, como a satisfacer una necesidad pública de dar mayor expansión a los medios de pago, al paso que en el redescuento privado que puede hacerse al favor de nuestro art. 1269, el adquirente de los títulos puede libremente disponer de ellos, pero con la obligación de volver a transferir al primer tradente de ellos, al vencimiento del término, la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie, contra el reembolso del precio, que puede ser aumentado o disminuído en la medida convenida.

Art. 1270. — El contrato se perfecciona por la entrega de los títulos.

Ver: art. 1549 C. italiano; art. 73 C. de Comercio italiano abrogado.
El contrato de redescuento de títulos de crédito con retrocesión a término es un contrato real, por oposición a la venta a término de títulos de crédito contemplada por el art. 1236, la cual no es real sino meramente obligatoria.
Natural es que la entrega o tradición de los títulos haya sido precedida del acuerdo de las partes. El consentimiento es absolutamente necesario. Viene de aquí que en Italia se haya podido demandar la nulidad del redescuento (**riporto**) por **dolo del tradens** que indujo a engaño al accipiens sobre la bondad del título. Mas supuesto el consentimiento o acuerdo de las partes, el contrato no surge mientras la entrega real de los títulos no tenga lugar. No bastaría una tradición simbólica o ficta de los títulos.
Si el contrato se concertase en la Bolsa, por mediación de agentes de cambio, cumplirá a éstos la obligación de hacer entrega de los títulos. De parte del vendedor el negocio asumirá su caracter real por la entrega que haga de los títulos al agente mediador.

Art. 1271. — Los derechos accesorios y las obligaciones inherentes a los títulos dados en redescuento corresponden al vendedor. Se aplicarán los arts. 1232, 1233, 1234 y 1235.

El derecho a voto, salvo pacto en contrario, corresponde al adquirente, si los títulos son acciones de sociedades.

Ver: arts. 1550 C. italiano y 73 inc. 3º del C. de Comercio italiano abrogado.
El presente artículo, como su fuente, modifica lo preceptuado por el art. 73 inc. 3º del C. de Comercio italiano abrogado según el cual el premio, el reembolso y los intereses que se pueden obtener sobre los títulos en el término de la retrocesión deben quedar a favor del vendedor, **"si así lo han convenido las partes"**. El art. 1550 del nuevo C. italiano estatuya, de conformidad con los usos generales de la Bolsa de valores, que los derechos accesorios y las obligaciones inherentes a los títulos redescontados corresponden al vendedor, porque los títulos, objeto del redescuento, deben retornar a él en definitiva.
La aplicación de los arts. 1232, 1233, 1234 y 1235 ponen de relieve la importante posición del comprador de los títulos, en relación a la obligación que le incumbe de retransferir al vencimiento del término la perfecta equivalencia activa y pasiva de los títulos redescontados; por lo que él puede, a estos fines, ser asimilado a un vendedor a término, con la consecuencia de deber uniformar la propia conducta a aquella contemplada por tal figura típica.
Obligación, por consiguiente, del comprador que había cobrado los intereses y los dividendos del título, llegados a ser exigibles antes del vencimiento del término de retrocesión, es la de acreditar su importe al vendedor originario y ahora comprador a término, de conformidad con nuestro art. 1236. Es también, secundariamente, su obligación la de poner al vendedor originario y ahora comprador a término, en condición de ejercer el derecho de opción inherente al título: o de otro modo, de ejercer dicho derecho, por cuenta del comprador que le había suministrado los fondos necesarios; o finalmente de encargarse de la venta de los

derechos de opción por cuenta del vendedor originario y ahora comprador a término, por medio de un agente de cambio o de un Instituto de crédito, art. 1237. En consecuencia, se atribuyen al comprador los premios y reembolsos, como accesorios del título, desde el día en que él viene a ser propietario, cuando los títulos vendidos están sujetos a sorteo, art. 1238. Por último, se hace referencia al comprador quien debe proporcionar al vendedor, al menos dos días antes del vencimiento del término, las sumas necesarias para ejecutar los pagos exigidos por los títulos, art. 1239.
Se trata, por consiguiente, de todo un coordinado sistema que se uniforma según los usos de Bolsa.

Art. 1272. — En caso de incumplimiento de una de las partes, se observarán las disposiciones de los arts. 1122 y 1123, salvo en cuanto a los contratos de Bolsa, la aplicación de las leyes especiales.

Si ambas partes no cumplen las obligaciones propias dentro del término establecido, el redescuento deja de tener efecto y cada parte retiene lo que ha recibido en el momento de la conclusión del contrato.

Ver. art. 1551 C. italiano. Viniendo Ernesto Eula a explicar el presente artículo. Juzga:
a) que la falta de entrega de los títulos, en la primera fase del negocio, no puede concretar todavía un hecho de incumplimiento, porque siendo real el contrato, éste no surge antes de dicha entrega, salvo eventual responsabilidad in contrahendo (art. 1031 del presente Código).
b) que el principal incumplimiento puede consistir: en relación al comprador, en no pagar el precio de la primera entrega, y en no consignar el tantumdem de los títulos al vencimiento de la retroacción; y respecto del vendedor que redescuenta en no negarse a recibir los títulos, o en no pagar el precio estipulado al vencimiento del término.
Y dado que el término en este contrato es esencial, no será necesario que ninguna de las partes constituya a la otra en mora para la ejecución. Bastará que al vencimiento del término, la parte dispuesta a cumplir la obligación a su cargo, fije a la otra un plazo razonable para que cumpla la suya y le declare que, transcurrido que sea dicho plazo, usará de su derecho de opción, como está dispuesto por el art. 1067 del presente Código. La consecuencia será que el redescuento de títulos con retroacción a término se desmoronará con derecho a la plena reintegración patrimonial al contratante dispuesto a cumplirlo.
En cuanto a la medida del resarcimiento se estará a lo dispuesto por el art. 1129 del presente Código.

TITULO IX

DE LA LOCACION DE COSAS

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1273. — Habrá locación de cosas, cuando una de las partes se obligue a ceder a la otra, por un tiempo determinado o no, el uso y goce de una cosa no fungible, mediante una retribución que puede consistir en un precio cierto en dinero, o en prestaciones de hacer o no hacer, o en una cantidad determinada de frutos o en una cuota de los frutos de cada cosecha, según lo estipulen las partes en su contrato.

Ver: arts. 1188 C. brasileño; 1917 C. chileno; 1571 C. italiano; 1709 C. francés; 1090 C. austriaco; 535 C. alemán; 253 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1595 C. portugués; 1543 y 1545 C. español; 1777 y 1778 C. uruguayo; 1579 C. venezolano; 2398 C. mexicano; 1129 C. boliviano; 1663 C. guatemalteco; 1125 C. costarricense; 2644 C. de Luisiana; 1973, 1974 y 1975 C. colombiano; 1976, 1977 y 1978 C. ecuatoriano; 1490 C. peruano; 2810 C. nicaragüense; 1681 y 1683 C. hondureño; 1493 C. argentino; 1635 del Anteproyecto de Bibiloni; 1015 y 1023 del Proyecto argentino de 1936; 2282 del Esboço de T. de Freitas; 416 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 370 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 421 del C. Civil de la República de China.
Modificamos la definición del art. 1493 del C. argentino, evidentemente inspirado en el art. 1915 del C. chileno, en cuya definición del contrato se incluyen tanto la locación de cosas, como la de servicios, sin embargo de ser materias que por ser de naturaleza distinta deben ser disciplinadas por separado. Tomamos en nuestra definición mucho del art. 1188 del C. brasileño y parte del 1917 del C. chileno.
Abrazando la locación de cosas los bienes muebles e inmuebles, bastaba decirlo implícitamente con la exclusión de las cosas fungibles.
Cuanto a la naturaleza consensual de la locación, tampoco hacía falta expresarla en la ley, dado que es asunto propio de la doctrina. Muchas son las analogías de la venta y de la locación de cosas, en cuanto ambos contratos sólo exigen para su perfección: 1º el consentimiento de las partes; 2º la cosa mueble o inmueble cuyo uso y goce es cedido por el locador al locatario; y 3º un precio cierto que debe ser pagado por éste a aquél, siquiera no siempre haya de ser necesariamente en dinero, pues viene de lejos que el canon del alquiler pueda consistir en frutos naturales de la cosa arrendada, como lo preceptúan los arts. 1917 del C. chileno; 1975 del C. colombiano; 1978 del C. ecuatoriano; 1778 del C. uruguayo; 370 parág. 2º del de las Obligaciones de la República de Polonia; 121 parág. 2º del C. civil de la República de China, y así también se admite tanto en el

Derecho civil alemán, como en el Federal suizo de las Obligaciones, sin necesidad de un texto expreso de la ley.
Mas si las analogías de la locación con la compraventa son numerosas, las diferencias son mayores. En efecto, mientras en la venta la cosa vendida pasa por su tradición a ser propiedad del comprador, en la locación, la cosa alquilada no sale del dominio del locador, tanto que el locatario sólo adquiere sobre ella un derecho temporario de goce que, sin embargo, no es ningún derecho real.
En la venta, la cosa es vendida y adquirida en el estado en que se hallaba al tiempo del contrato, tanto que el vendedor no puede cambiarlo y está obligado a conservarlo en dicho estado hasta entregarla al comprador (art. 1137 del presente Código); al paso que en la locación, el locador debe entregarla en buen estado de reparación para ser propia al uso para el cual ha sido contratada (art. 1514 C. argentino; 1720 C. francés; etc.). Además, el vendedor sólo debe garantizar al comprador los vicios de la cosa que existían al tiempo de la venta (art. 1174 del presente Código), mientras que el locador debe garantía por todos los defectos que durante la locación, disminuirían el goce de la cosa (art. 1515 C. argentino; 1719 C. francés etc.).
Omitimos reproducir en nuestro art. 1273 el parágrafo 2º del art. 1494 del C. argentino, y traído por Bibiloni al parágrafo 1535 de su Anteproyecto, según el cual "Se aplica a la locación subsidiariamente lo dispuesto sobre los requisitos esenciales de la compraventa", porque, por mucho que Pothier juzgase que "el contrato de locación se analiza en una especie de contrato de venta; porque este contrato encierra en cierto modo, no la venta de la cosa misma alquilada, sino la venta del goce y uso de esa cosa, por el tiempo de duración del contrato, y la suma convenida por el alquiler, es el precio (ver autor cit. **Traidé du Contrat de Louage**, In Oeuvres t. IV. Nº 4, pág. 2ª edición), debe reconocerse su error, puesto en evidencia por Proudhon (**Traité des Droits d'usufruit**, t. II, Nº 993), seguido en este punto por Guillouard, (**Traité de Contrat de Louage**, t. I, Nº 7, pág. 14), según los cuales el arrendamiento constituye, sea de parte del locador o del locatario, la adquisición de un derecho sucesivo; para el uno, el derecho de gozar de la cosa, y para el otro, el derecho paralelo de percibir el canon del alquiler. La venta, por el contrario, produce un efecto instantáneo respecto de ambas partes; el vendedor deviene acreedor del precio total, salvo tener que percibirlo en las épocas fijadas por el contrario; y los riesgos de la cosa vendida pasan inmediatamente por su tradición a cargo del comprador, sin que por esto sea liberado de su obligación de pagar el precio.
El tiempo de duración de la locación debe ser determinado, según la mayoría de los códigos que hemos citado. Mas la verdad es que podrían las partes omitir su expresa determinación, tal como lo estatuye el art. 1188 del C. brasileño, y así lo establecemos en nuestro art. 1277.

Art. 1274. — No bastará a la validez del contrato de locación que las cosas muebles o inmuebles alquiladas estén en el comercio, porque si el fin para el cual se las alquilase fuese ilícito por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, siquiera disimulado bajo la apariencia de un fin lícito, el contrato será nulo. La parte que a sabiendas de la ilicitud del fin de la locación la hubiere consentido, no tendrá acción para demandar la nulidad del contrato, ni repetir lo que hubiere pagado a la otra por anticipado.

Ver: Guillouard, opus cit. t. I, Nº 72, pág. 82. A inspiración del art. 1713 del C. francés, estatuye el art. 1501 del C. argentino, y a su imitación los arts. 1639 del Anteproyecto de Bibiloni y 1016 del Proyecto argentino de 1935 que "**pueden darse en locación todas las cosas que estén en el comercio, aunque sean indeterminadas**", no sin excluir aquellas cuyo uso y goce sean ofensivos a la moral y buenas costumbres, sancionadas por la nulidad del contrato, pero sin aclarar a cual de las partes corresponderá la acción de nulidad. Con el objeto de llenar este vacío, damos a nuestro art. 1274 una redacción distinta a la de sus fuentes. Si ambas partes sabían al tiempo de la conclusión del contrato que la cosa se alquilaba para un fin deshonesto, como por ejemplo para el establecimiento de una casa de tolerancia, ninguna de ellas podría ser oída, porque **nemo suam turpitudinem allegans auditur**. Mas si engañando el locatario al locador sobre el uso y goce a que aplicaría el bien locado le arrancase dolosamente su consentimiento, podrá el locador demandar la nulidad del contrato si evidenciase que la cosa fue aplicada a un destino distinto del contemplado por él al consentirlo (ver Guillouard, opus cit. t. I, pág. 82).

Art. 1275. — El contrato de locación es un acto de administración para el locador y locatario, válido en los límites legales de su duración, sea que lo celebren en interés y por derecho propio, o en nombre y en el interés de su representado, salvo las limitaciones puestas por la ley a su derecho.

Ver: arts. 1510 y 1511 C. argentino; 1718 C. francés; 1597 C. portugués; 1548 C. español; 1781 C. uruguayo, 1582 C. venezolano; 2401 y 2402 C. mexicano; 1672 C. guatemalteco; 1491 C. peruano; 2813 y 2814 C. nicaragüense; 2293 a 2296 del **Esboço de T. de Freitas**; 1645 del Anteproyecto de Bibiloni; 1017 del Proyecto argentino de 1936. Aubry y Rau, t. V, parág. 364, pág. 271, 5ª edición; Duranton t. XVII, Nº 32 y ss., pág. 21 y ss., 4ª edición; Baudry Lacantinerie y Wahl, **Du Contrat de Louage**, t. I, Nº 60, pág. 36; Guillouard, opus cit. t. I, Nº 44, pág. 54 y ss.; Planiol, **Traité Elementaire**, t. II, Nº 1670, pág. 538; Hamel y Perreau, In Planiol y Ripert, t. X, Nº 430, pág 498.

Art. 1276. — El contrato de locación no podrá celebrarse por un plazo mayor de diez años. El estipulado por un plazo más largo, quedará reducido al término indicado, a no ser que el inmueble urbano, objeto del contrato, se hubiese alquilado para levantar construcciones en él, o se tratare de fundos rústicos arrendados con el objeto de realizar plantaciones que requieran largo tiempo para alcanzar resultados productivos. En ambos supuestos, el arrendamiento podrá estipularse hasta veinte años.

Ver: arts. 1018 del Proyecto argentino de 1936; 1505 C. argentino; 1641 y 1642 parg. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1572 y 1573 C. italiano; 1718 C. francés; 2654, 2655, 2657 C. de Luisiana; 1762 C. uruguayo; 1580 C.

venezolano; 2398 parág. 2º C. mexicano; 1600 a 1602 C. portugués; 1950 inc. 2º y 1951 C. chileno; 2008 inc. 2º y 2009 C. colombiano; 2011 inc. 2º y 2012 C. ecuatoriano; 1677 y 1678 C. guatemalteco; 1494 y 1495 C. peruano; 2820 y 2821 C. nicaragüense; 1717 inc. 2º y 1718 C. hondureño.
No hay derecho uniforme en esta materia. Así el C. italiano distingue: a) el arrendamiento contratado por el administrador de un bien ajeno, el art. 1572 estatuye que el estipulado por un plazo mayor de 9 nueve años, excede de la administración ordinaria, lo mismo que los anticipos del canon por una duración mayor a un año; y b) el art. 1573 fija en 30 años el límite de todo arrendamiento aun contratado por el locador propietario.
La razón que se da de esta limitación del plazo de la locación o del arrendamiento es que al alejar un plazo largo a los eventuales compradores, disminuye el valor venal del inmueble.

Art. 1277. — Si las partes no han determinado el plazo de la locación, ésta se entenderá convenida:

1) Cuando se trata de una heredad, cuyos frutos deban cosecharse cada año, por la duración de un año.

2) Si los frutos sólo pudieren cosecharse al cabo de algunos años, por todo el período necesario para recogerlos.

3) Si se trata de casas que no están amuebladas o de locales para el ejercicio de una profesión, de una industria o de un comercio, por la duración de un año.

4) Si se trata de habitaciones o departamentos amueblados, cuyo precio se hubiere convenido por años, meses, semanas o días, por el tiempo señalado a dicho precio.

5) Si la locación tuviere un objeto determinado, por el tiempo necesario para la consecución del fin del contrato.

6) Si se trata de cosas muebles, por la duración correspondiente a la unidad de tiempo a la que se ajusta el precio estipulado.

7) Si se trata de muebles proporcionados por el locador para equipar un fundo urbano, por la duración de la locación de dicho fundo.

Ver: arts. 1506, 1507 y 1508 C. argentino; 1642 a 1644 del Anteproyecto de Bibiloni; 1019 del Proyecto argentino de 1936; 1574 y 1630 C. italiano; 1786 y 1787 C. uruguayo; 1200 y 1211 C. brasileño; 583 C. alemán 1622 C. portugués; 1935 C. chileno; etc.

Art. 1278. — El copropietario de una cosa indivisa, no puede arrendarla, ni aun en la parte que le pertenece, sin consentimiento de los demás partícipes.

Ver: arts. 1512 C. argentino; 1646 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; Aubry y Rau, opus cit. t. V, parág. 364, nota 7, pág. 273, 5ª edición Durantón, t. XVII, Nº 35; Trepolong, t. I, Nº 100; Demolombe, t. IX, Nº 447; Guillouard, t. I, Nº 54, etc.

Art. 1279. — Los que están privados de ser adjudicatarios de ciertos bienes, no pueden ser locatarios de ellos, ni con autorización judicial, ni pueden serlo tampoco los administradores de bienes ajenos sin el consentimiento expreso del dueño de dichos bienes.

Ver: arts. 1513 C. argentino; 1646 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 450 C. francés; Guillopard, t. I, Nº 59, pág. 70.

Art. 1280. — El contrato de arrendamiento podrá oponerse al tercero adquirente del bien raíz objeto del contrato, si tiene fecha cierta anterior a la enajenación y ha sido inscripto en el Registro de Alquileres. En este caso, la locación subsiste por el tiempo convenido. Si la locación no fuere de plazo determinado, se aplicará lo dispuesto por el art. 1336.

La disposición del primer apartado no se aplica a la locación de cosas muebles no inscriptas en registros públicos si el adquirente ha obtenido de buena fe la posesión de ellos.

Ver: arts. 1498 C. argentino; 1743 C. francés; 1599 C. italiano; 1612 C. holandés; 2704 C. de Luisiana; 1549 C. español; 1197 C. brasileño; 1619 C. portugués; 571 C. alemán; 1152 C. boliviano; 1792 C. uruguayo; 1962 C. chileno; 2120 C. colombiano; 2023 C. ecuatoriano; 1604 y 1605 C. venezolano; 1515 C. peruano; 1712 C. guatemalteco; 2409 C. mexicano; 1153 C. costarricense; 2949 C. nicaragüense; 1728 C. hondureño; 1638 del Anteproyecto de Bibiloni; 1021 del Proyecto argentino de 1936; 441 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 259 C. Federal suizo de las Obligaciones; 339 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 425 C. Civil de la República de China.

CAPITULO II

De las obligaciones del locador

Art. 1281. — El locador está obligado a entregar la cosa al locatario con todos los accesorios que dependan de ella al tiempo del contrato, en buen estado de reparación para ser propia al uso para el cual ha sido contratada, salvo si convinieren en que se entregue en el estado en que se halle. Este convenio se presume, cuando se arriendan edificios ruinosos, y cuando se entra en posesión de la cosa sin exigir reparaciones en ella.

Ver: arts. 1514 C argentino; 1719 C. francés; 1575 inc. 1º C. italiano; 1606 inc. 1º C. portugués, 1554 inc. 1º C. español; 2662 inc. 1º C de Luisiana; 1586 C. holandés; 1096 C. austriaco; 1138 inc. 1º C. boliviano; 254 parág. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones; 536 C. alemán; 1424 C. chileno; 1982 C. colombiano; 1985 C. ecuatoriano; 1796 C. uruguayo; 1586 C. venezolano; 1511 C. peruano; 2414 C. mexicano; 1704 C. guatemalteco; 1189 C. brasileño; 2826 C. nicaraguense; 1690 C. hondureño; 1128 C. costarricense; 421 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 373 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 423 C. Civil de la República de China; 1647 del Antepryecto de Bibiloni; 1024 del Proyecto argentino de 1936; 2324 del Esboço de T. de Freitas; Guillouard, t. I, Nº 88 y ss., pág. 104; Aubry y Rau, t. V, parág 365, pág. 290, 5ª edición; etc.

Art. 1282. — Después que el locador entregue la cosa, está obligado a conservarla en buen estado y a mantener al locatario en el goce pacífico de ella por todo el tiempo de la locación, haciendo todos los actos necesarios a su objeto, y absteniéndose de impedir, minorar, o crear embarazos al goce del locatario. Si se trata de cosas muebles, los gastos de conservación y de mantenimiento ordinario son, salvo pacto en contrario, a cargo del locatario.

Ver: arts. 1515 C. argentino; 1576 C. italiano; y artículos citados en la nota anterior; 1648 del Anteproyecto de Bibiloni y 1026 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1283. — La obligación de mantener la cosa en buen estado, consiste en hacer las reparaciones que exigiere el deterioro de la cosa, por caso fortuito o de fuerza mayor, o el que se causare por la calidad propia de la cosa, vicio o defecto de ella, cualquiera que fuere, o el que proviniere del efecto natural del uso o goce estipulado, o el que sucediere por culpa del locador, sus agentes o dependientes. El locatario deberá dar aviso inmediato al locador de los deterioros ocurridos. Si se trata de reparaciones urgentes, el locatario podrá realizarlas directamente, salvo reembolso, siempre que haya dado aviso al locador.

Ver: arts. 1516 C. argentino; 2332 del Esboço de T. de Freitas; 1577 C. italiano; 1720 C. francés; 1554 inc. 2º C. español; 1606 inc. 2º C. portugués; 2663, parág. 2º C. de Luisiana; 254 parág. 1º y 256 C. Federal suizo de las Obligaciones; 536 C. alemán; 1924 inc. 2º C. chileno; 1982 inc. 2º C. colombiano; 1985 inc. 2º C. ecuatoriano; 1796 inc. 2º C. uruguayo; 1585 inc. 2º C. venezolano; 1138 inc. 2º C. boliviano; 1513 incisos 1º y 3º C. peruano; 1189 inc. 1º C. brasileño; 1707 inc. 2º C. guatemalteco; 2412—II) C. mexicano; 1130 y 1131 C. costarricense; 2926 inc., 2º C. nicaraguense; 1690 inc. 2º C. hondureño; 422 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 373 inc. 2º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 423 C. Civil de la República de China.

Siendo, la locación un contrato por el que el locador se obliga a hacer gozar de la cosa al locatario, viene por lógica consecuencia su obligación de cuidar la cosa y mantenerla en buen estado por todo el tiempo de la locación. Derivada esta obligación de la naturaleza del contrato, no hace falta ninguna estipulación particular para imponerla al locador. La estipulación expresa se impone sólo para exonerar al locador de la obligación de hacer reparaciones (Guillopard, t. I, Nº 103, pág. 117). Desde este punto de vista, dicen Aubry y Rau, el locador está sometido a una obligación más extensa que la del vendedor (ver autores cits. t. V, parág. 366, texto y nota 2, pág. 291, 5ª edición).

Hemos agregado con el in fine de nuestro artículo lo estatuido por el parág. 2º del art. 1577 del C. italiano según el cual "Si se trata de reparaciones urgentes, el arrendatario puede realizarlas directamente, salvo reembolso, siempre que dé, al mismo tiempo, aviso al arrendador". Así, la descompostura de una cisterna o la rotura de un caño de aguas corrientes, por donde éstas podrían inundar la casa en breve tiempo si de inmediato no se consigue que un plomero acuda a arreglar tales desperfectos, no permitiría al inquilino esperar que el locador acuda a verlos y se haga cargo de su reparación. Así también lo autoriza el art. 1518 del C. argentino, reproducido por los arts. 1651 del Anteproyecto de Bibiloni y 1028 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1284. — Si el locador, al hacer las reparaciones a su cargo, interrumpiera el uso o goce convenido, en todo o en parte, o fueren ellas muy

incómodas al locatario, podrá éste exigir, sugún las circunstancias, o la cesación del arrendamiento, o una rebaja proporcional al tiempo que duren aquéllas. Si el locador no conviniere en ello, podrá el locatario devolver la cosa, quedando disuelto el contrato.

Igual facultad le asistirá siempre que el locador fuere obligado a tolerar o efectuar trabajos en las paredes divisorias, inutilizando por algún tiempo parte de la cosa arrendada.

Si el impedimento sólo fuere parcial, podrá el locatario exigir reducción del precio.

Ver: arts. 1519 y 1520 C. argentino· 1724 C. francés; 2333 inc. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1583 y 1584 C. italiano; 1606 inc. 3º C. portugués; 1538 C. español; 2670 C. de Luisiana; 1928 C. chileno; 1986 C. colombiano; 1989 C. ecuatoriano; 1799 C. uruguayo; 1590 C. venezolano; 1516 C. peruano; 1133 C. costarricense: 1714 C. guatemalteco; 1143 C. boliviano; 1190 C. brasileño; 1694 C. hondureño; 425 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1652 y 1653 del Anteproyecto de Bibiloni; 1029 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1285. — Si durante el contrato fuere la cosa arrendada destruída en su totalidad por caso fortuito, el contrato queda rescindido. Si lo fuere sólo en parte, puede el locatario pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato según fuere la importancia de la parte destruida. Si la cosa estuviere solamente deteriorada, el contrato subsistirá, pero el locador está obligado a reparar el deterioro, hasta poner la cosa en buen estado.

Ver: arts. 1521 C. argentino; 1722 C. francés; 2667 C. de Luisiana; 1612 C. portugués· 1805 C. uruguayo; 1588 C. venezolano; 1533 C. peruano; 1654 del Anteproyecto de Bibiloni; 1030 inc. 7º del Proyecto argentino de 1936; 424 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Rescindiéndose el contrato por la destrucción fortuíta de la cosa locada, no está el locador obligado a indemnizar al locatario, porque nemo casum fortuitum praestat. Sólo si la destrucción fuese parcial podrá el locatario pedir la disminución del precio o la rescisión del contrato.

Caso fortuito es todo hecho que no puede preverse o que previsto no puede evitarse: omnis vis cui resisti non potest. Nada importa que el hecho sea previsto, como podría ser una inundación normal en la vecindad de un río habitualmente desbordado de su lecho. Lo que importa es que el acontecimiento sea fortuito, o sea ajeno a la voluntad del locador y del locatario, de cuyas consecuencias nadie puede precaverse.

Al caso fortuito se equipara el hecho del Príncipe o sea la violencia ejercida por el Estado, como por ejemplo una expropiación, o la construcción de una obra pública, como un terraplén, por el que se eleva el camino contiguo a una casa alquilada y se la expone a inundaciones; o el desvío del curso de un río que priva de agua y fuerza motriz a una usina arrendada. Los trabajos públicos así hechos están asimilados al caso fortuito.

En el mismo orden de ideas la guerre debe asimilarse al caso fortuito. (ver Guillouard, opus cit. t. I, 384 a 405, pág. 402 y ss.).

Art. 1286. — Si por un caso fortuito o de fuerza mayor, el locatario es obligado a no usar o gozar de la cosa, o ésta no puede servir para el objeto de la convención, podrá él pedir la rescisión del contrato o la cesación del pago del precio, por el tiempo que no pueda usar o gozar de la cosa. Pero si el caso fortuito no afecta a la cosa misma, sus obligaciones continuarán como antes.

Ver: art. 1522 C. argentino. Viene este precepto de la decisión uniforme de la jurisprudencia francesa trasuntada por los exégetas del C. francés, y por la cual los jueces y tribunales asimilaron la imposibilidad sobrevenida al locatario para usar y gozar de la cosa a la destrucción total de ella, por aplicación analógica del art. 1722. Así, si el inquilino ha sido constreñido por las necesidades de la guerra a huir, o a abandonar en todo o en parte la cosa alquilada, y no puede gozar de ella según el destino para el cual fue alquilada, puede demandar la rescisión del contrato o la cesación del pago del precio.

Mas los mismos tribunales han decidido que si en un caso de guerra el inquilino no ha abandonado la cosa alquilada a la sola aproximación del enemigo, más por miedo exagerado que por constreñimiento material de los hechos, el locador no tiene por qué sufrir una disminución del alquiler.

Tampoco se ha admitido la disminución del alquiler o la rescisión del contrato si el uso y goce de la cosa por el inquilino no ha sido interrumpido por un hecho de guerra propiamente dicho, aplicado a todos los habitantes del lugar sino por la calidad personal de él, obligado a salir del país, por ser súbdito de la nación que ha traído la guerra. En este caso, el goce de la cosa no es afectado. El locador es extraño a las consecuencias derivadas de la nacionalidad del inquilino (ver Guilluard, t. II, Nº 391, pág. 408; Marcadé, t. VI, II), pág. 456; Aubry y Rau, t. V, parág. 365, texto y nota 4, pág. 292, 5ª edición; Hamel y Perreau in Planiol y Ripert, t. X, Nº 509, pág. 607; Laurent, t. XXV, Nº III, pág. 119; en contra Troplong, De L'Echange et du Louage, t. I, Nº 230, pág. 371). Ver igualmente: 1655 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1287. — El locador no puede cambiar la forma de la cosa arrendada, aunque los cambios que hiciere no causaren perjuicio alguno al locatario; pero puede hacerlo en los accesorios de ella, con tal que no cause perjuicio al locatario.

Ver: arts. 1523 C. argentino; 1723 C. francés; 1582 C. italiano; 2668 C. de Luisiana; 1557 C. español; 1928 C. chileno; 1926 C. colombiano; 1989 C. ecuatoriano; 1799 C. uruguayo; 1589 C. venezolano; 2828 C. nicaraguen-

se; 1694 C. hondureño; 2414 C. mexicano; 1656 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936 y en el Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Lo importante es que los cambios de forma no sean tales que disminuyan el goce a que tiene derecho el locatario. Así, no podrá el locador cambiar las construcciones existentes, modificarlas en su forma exterior o en su distribución interior; modificar la escalera que conduce al piso alquilado, ni emprender reparaciones cuya urgencia no hubiese sido previamente comprobada, y con mayor razón no podrá derribar un edificio siquiera con la intención de construir otro.

Art. 1288. — Si el locador quisiere hacer en la cosa arrendada, innovaciones u obras que no sean reparaciones, o si las hubiese hecho contra la voluntad del locatario, puede éste oponerse a que las haga, o demandar la demolición de ellas, o restituir la cosa y pedir indemnización de pérdidas e intereses.

Ver: arts. 1524 C. argentino; 2343 del Esboço de T. de Freitas; 1657 del Anteproyecto de Bibiloni; 1031 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1289. — Si en el momento de la entrega de la cosa arrendada estaba ella afectada de vicios que disminuyan de un modo apreciable su idoneidad para el uso pactado, podrá el arrendatario pedir la resolución del contrato o la disminución del precio, salvo que se trate de vicios conocidos por él o fácilmente reconocibles.

El locador está obligado a resarcir al arrendatario los daños derivados de vicios de la cosa si no prueba haber ignorado sin culpa dichos vicios en el momento de la entrega.

Ver: arts. 1578 C. italiano; 1525 C. argentino; 1721 C. francés; 2665 C. de Luisiana; 1606 inc. 5º C. portugués; 1588 C. holandés; 1804 C. uruguayo; 1587 C. venezolano; 1139 C. boliviano; 1928 parág. 4º C. chileno; 1991 C. colombiano; 1937 parág. 4º C. ecuatoriano; 2421 C. mexicano; 1707 inc. 1º y 1708 C. guatemalteco; 1133 C. costarricense; 2856 C. nicaragüense; 1698 y 1699 C. hondureño; 423 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 375 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 537 y 544 C. alemán; 254 C. Federal suizo de las Obligaciones; 424 del C. Civil de la República de China; 1658 del Anteproyecto de Bibiloni; 1027 del Proyecto argentino de 1936.
Nuestro artículo se aparta de su fuente, el 1721 del C. francés, según el cual los vicios de la cosa que autorizan al locatario a demandar o la resolución del contrato o la disminución del precio, son aquellos que **impiden** el uso de ella, al paso que nuestro art. 1289 sólo exige que los vicios **disminuyan de un modo apreciable la idoneidad de la cosa para el uso pactado.**
Nos hemos apartado así del 1721 francés para seguir lo dispuesto por el art. 1578 del C. italiano de 1942, según el cual no hace falta que el vicio **impida** el uso y goce de la cosa, sino que basta que **disminuya de modo apreciable** su idoneidad para el uso pactado.
Viene de lejos esta diferencia. Tratando, en efecto, Pothier de esta materia, enseñó que los vicios de la cosa locada que el locador está obligado a garantizar, son aquellos que impiden enteramente el uso: no está él obligado a garantizar que sólo hacen menos cómodo el uso de la cosa (ver autor cit. **Traité du Contrat de Louage**, in Oeuvres, t. IV, Nº 110, pág. 45, 2ª edición).
Los compiladores del Código francés excluyeron el adverbio **enteramente**, de suerte que por aplicación de su art. 1721 esté el locador obligado a garantizar no solo los vicios que **impiden** el uso, como también lo estatuye el art. 1525 del Código argentino, sino también los que hacen menos cómodo el uso de la cosa, como si la idea de una simple **incomodidad** fuese conciliable con la de **imposibilidad** del uso inferida del transitivo impedir (autor cit. t. XXV, Nº 115, pág. 123).
Mas esta opinión no es compartida por Guillouard, quien se ciñe al texto literal del art. 1721 del C. francés (autor y opus cits. t. I, Nº 117, pág. 128). Tal es también el parecer de Marcadé, t. VI, 1721, pág. 451; Aubry y Rau, t. V, parág. 366, texto y nota 17, pág. 300, 5ª edición; Planiol, t. II, Nº 1686, pág. 563, 9ª edición; Hamel y Perreau in Planiol y Ripert, t. X, Nº 537, pág. 655; Baudry Lacantinerie y Wahl, t. I, Nº 430, pág. 224).
La jurisprudencia francesa, sin embargo, ha optado por una opinión intermedia. Al suprimir el legislador el adverbio enteramente del texto de Pothier, ha querido extender la garantía a los vicios que tornan muy incómodo el uso, es decir, que impiden el uso normal, el uso apacible de la cosa. Se ha decidido así que son casos de garantía: una chimenea que hace humo; obstrucción de un caño de alimentación del agua; infiltraciones en los sótanos; emanaciones deletéreas de la calefacción; butaca del teatro que no permite ver el escenario; permanencia intolerable en un departamento por causa de su mal olor, o pernicioso a causa de su humedad, o la mala calidad del agua potable, la contaminación de ciertos locales, etc.
Tal es igualmente el criterio jurisprudencial y doctrinal italiano adoptado por los compiladores del Código de 1942. En efecto, el art. 1577 del Código abrogado de 1865 obligaba al locador a garantizar al locatario por todos los vicios y defectos de la cosa locada que impiden el uso, aun cuando fuese ignorado del locador al tiempo de la locación. Mas corriendo el tiempo jueces y doctrinadores convinieron que el locador debe la garantía todas las veces que se trate de defectos que disminuyan de modo **apreciable** la idoneidad de la cosa para el uso pactado (expreso o presunto).
Si el locador conocía al tiempo del contrato los vicios de la cosa, debe daños y perjuicios por haberlos ocultado. (ver: Di Blasi, opus cit. t. I, pág. 167; Giannattasio, in **Commentario, Libro delle Obbligazioni** en colaboración con D'Amelio y Finzi, t. II, pág. 262; **Relaciones del Ministro Guardasigilli**, Nº 690, pág. 458).

Art. 1290. — El pacto por el cual se excluye o se limita la responsabilidad del locador por los vicios de la cosa, no tiene efecto si él los ha ocultado de mala fe al locatario o bien si los vicios son tales que hacen imposible el goce de la cosa.

Ver: Art. 1579 C. italiano; sin antecedente en la legislación anterior.
La presente disposición es una aplicación de lo estatuido por el art. 856 del presente Código, según el cual es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo suyo,

en el cumplimiento de la obligación. En consecuencia, el pacto por el cual se excluye o limita la garantía por los vicios de la cosa fraudulentamente ocultados por el locedor, es ineficaz. Se equipara a vicios ocultados de mala fe por el locador aquellos que hacen imposible el goce de la cosa.

Art. 1291. — Si los vicios de la cosa o de parte notable de ella exponen a serio peligro la salud del locatario o de los miembros de su familia o de sus dependientes, puede el locatario obtener la resolución del contrato, aun cuando los vicios fueren conocidos de él, no obstante cualquier denuncia.

Ver: art. 1580 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
También en este caso se ofrece otra aplicación de la norma establecida por la segunda parte del art. 856 del presente Código según la cual es nulo cualquier pacto previo de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el hecho del deudor o de sus auxiliares constituye violación de obligaciones impuestas por normas de orden público.
No pudiendo ser la integridad física de las personas objeto de pacto alguno de disposición, como acto contrario a la moral, mal podría el locador eludir su responsabilidad so color de haber el locatario alquilado una casa que por ser recién terminada era húmeda, pero cuya construcción fue autorizada por la autoridad municipal competente. Evidenciado el peligro ofrecido a la salud del locatario o de su familia o dependientes, podrá el locatario demandar la resolución del contrato aun cuando los vicios hubiesen sido conocidos de él, y no obstante cualquier renuncia.

Art. 1292. — Las disposiciones de los artículos anteriores se observarán, en cuanto sean aplicables, también en el caso de vicios de la cosa que hayan sobrevenido en el curso del arrendamiento.

Ver: art. 1581 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
La razón de este precepto es que la locación es un contrato de prestación continuada. Aun cuando por definición los vicios redhibitorios son los vicios ocultos y anteriores a la entrega de la cosa, la doctrina admite que tratándose de vicios sobrevenidos en el curso de la locación, sin que su causa sea imputable al locador, ni que a éste le sea dado repararlos convenientemente, pero que por su índole disminuyan de modo apreciable la idoneidad de la cosa para el uso pactado, se debe aplicar el principio general del art. 895 del presente Código, según el cual la obligación se extingue cuando por una causa física o jurídica no imputable al deudor, anterior a su constitución en mora, la prestación que constituye el objeto de ella se hace imposible.

Art. 1293. — El locador está obligado a garantizar al locatario por las molestias que disminuyan el uso o goce de la cosa, producidas por terceros que pretendan tener derechos sobre ella, aunque sea por fuerza mayor.

El locador no está obligado por las molestias de terceros que no pretendan tener derechos, y contra los cuales podrá el locatario accionar en nombre propio.

Ver: arts. 1526, 1528 y 1529 C. argentino; 1585 C. italiano; 1725 C. francés; 2673 C. de Luisiana; 1560 C. español; 1606 inc. 4º C. portugués; 1801 C. uruguayo; 1591 parág. 1º C. venezolano; 1930 parág. 1º C. chileno; 1988 parág. 1º C. colombiano; 1991 parág. 1º C. ecuatoriano; 2418 C. mexicano; 1136 C. costarricense; 1696 parág. 1º C. hondureño; 426 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 379 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1659 del Anteproyecto de Bibiloni y 1030 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

La primera parte de nuestro art. 1293 es trasiego de un párrafo de la obra de Aubry y Rau, en el que desarrollando éstos el tema de la obligación del locador de garantizar al locatario el uso y goce de la cosa locada, enseñan que la responsabilidad del locador se halla igualmente comprometida cuando el goce del locatario se encuentra trabada por actos que terceros han cumplido en los límites de sus derechos, como por ejemplo, si el locatario es turbado por trabajos de demolición y de reedificación de un muro medianero, ejecutados por el copropietario de esa pared, o si es privado, a consecuencia de edificaciones levantadas por un vecino, de la luz indispensable al uso para el cual la cosa fue alquilada, casos en los cuales no podría el locador obrar en garantía contra su vecino por la disminución de los alquileres que él tendría que sufrir, y de las indemnizaciones que él tendría que pagar a su inquilino, salvo que el propietario del inmueble lindero haya incurrido en culpa al ejecutar esos trabajos. (ver autores y opus cits. t. V, parág. 366 texto y nota 23, pág. 303, 5ª edición).
El locador responde igualmente por las turbaciones del uso y goce de la cosa causadas por actos cumplidos en ejercicio de los poderes de la Administración pública, porque tales actos constituyen el ejercicio de un derecho, tales, por ejemplo, los trabajos de nivelación u otros de la misma índole, o por efecto del paro temporal de una usina ordenada por la Administración. Tales son los casos de fuerza mayor contemplados en el parág. 1º de nuestro artículo.
Si por el contrario, la Adminisrtación hubiese procedido de una manera ilegal, el locador no estaría obligado a indemnizar al locatario, salvo para éste su derecho para reclamar la indemnización directamente de la Administración. La turbación ilegl es la que tiene lugar de hecho, y por la cual el locador no responde, porque mal ha podido garantizar al locatario contra las turbaciones de esta naturaleza desde que él no ha podido impedirlas, como tampoco puede impedir las debidas a caso fortuito. Justificando esta decisión del art. 1725 del C. francés decía en su exposición de motivos el tribuno Mouricault que en tales casos sólo es atacado el locatario y afectado su goce personal de la cosa, razón por la cual sólo a él compete hacer reprimir tales turbaciones de hecho. Colmet de Santerre enseña que esas turbaciones pueden ser debidas a un defecto de vigilancia del locatario, o provocadas por enemistades personales, de las cuales sería injusto responsabilizar al locador (autor cit. **Cours Analytique de Code Civil**, t. VII. nº 171 bis, pág. 252 y Guillouard, opus cit. t. I, nº 158, pág. 166).

Art. 1294. — Si los terceros que originan las molestias pretenden tener derechos sobre la cosa arrendada, el arrendatario está obligado a dar in-

mediato aviso al locador, bajo pena de resarcimiento de los daños y de ser privado de toda garantía por parte del locador.

Si los terceros accionan en juicio, el locador está obligado a defender al locatario demandado y a asumir la responsabilidad de la litis, y en su caso a indemnizarle. Si el locatario no tiene interés en ser parte en el pleito, debe ser separado de la litis con la sola indicación que él haga del locador.

Ver: arts. 1586 C. italiano; 1726, 1727 y 1768 del C. francés; 1527 y 1530 C. argentino; 2674 C. de Luisiana; 1559 C. español; 1613 C. portugués; 1930 y 1931 C. chileno; 1988 y 1989 C. colombiano; 1991 y 1992 C. ecuatoriano; 1802 C. uruguayo; 1591 parág. 2º C. venezolano; 2419 C. mexicano; 1513 inc. 2º C. peruano; 1696 y 1697 C. hondureño; 427 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 378 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 545 C. alemán; 428 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 436 del C. Civil de la República de China; 1660 y 1662 del Anteproyecto de Bibiloni; 1030 inc. 3º y 5º del Proyecto argentino de 1936.

Las turbaciones de derecho contempladas en el presente artículo son todas las pretensiones que los terceros invoquen sobre todo o parte de la cosa locada, ya pretendan un derecho de propiedad o de servidumbre o de goce a título de locatario. Ellas pueden manifestarse por vías de hecho o bien por una acción judicial, que si es dirigida contra el locatario, permitirá a éste separarse del pleito con sólo denunciar quién sea el locador. Este estará obligado a asumir la defensa de su inquilino.

Art. 1295. — Si el locador fuere vencido en juicio sobre una parte de la cosa arrendada, puede el locatario reclamar una disminución del precio, o la rescisión del contrato, si la parte de que se le priva fuere una parte principal, de la cosa, o del objeto del arrendamiento, y los daños y perjuicios que le sobrevinieren. Si el locatario conocía al hacer el contrato el peligro de evicción, no podrá reclamar los daños y perjuicios.

Ver: arts. 1531 y 1532 C. argentino; 1726 C. francés; 1930 C. chileno; 1988 C. colombiano; 1991 C. ecuatoriano; 1803 C. uruguayo; 1591 in fine C. venezolano; 2420 C. mexicano; 1696 parág. 3º y 4º C. hondureño; 427 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 377 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 541 C. Alemán; 435 del C. Civil de la República de China; 1663 del Anteproyecto de Bibiloni; 1030 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

La decisión de nuestro art. 1295 es mera aplicación y consecuencia de lo preceptuado por el art. 1286, según el cual después que el locador entrega la cosa al locatario está obligado a conservarla en buen estado y mantener al locatario en el goce pacífico de ella.

La indemnización debida por el locador desposeído de la cosa locada consistirá no sólo en una disminución proporcional del alquiler, sino además en la indemnización de todo el perjuicio que haya sufrido y de las ganancias de que fuere privado. En este caso, dice Marcadé, a diferencia del caso de reparaciones necesarias y de los casos de fuerza mayor, se da una culpa cuya reparación completa es debida. Si el locador pierde el pleito, ha incurrido en culpa de alquilar una cosa expuesta a evicción total o parcial. Si, por el contrario, quien pierde el pleito es el tercero, habrá él incurrido en culpa de haber turbado al locatario, cuya reparación será de su cargo. No hace falta agregar que en el caso de evicción parcial, la disminución del alquiler no se calculará sobre el valor locativo actual del bien, sino sobre el valor que rige el contrato, de suerte que si el valor locativo ha disminuído en el intervalo, su disminución no debe ser tomada en cuenta.

El derecho del locatario a la indemnización es subordinado a la condición de que el locatario haya cumplido con la obligación de dar aviso al locador de la turbación de derecho de que fue objeto, bajo pena de resarcimiento de los daños y de ser privado de toda garantía de parte del locador, tal como lo preceptúa nuestro art. 1294.

Mas si se prueba que el locatario conocía al tiempo del contrato el peligro de evicción total o parcial, habrá lugar a la disminución proporcional del alquiler, pero no a la indemnización de los daños y perjuicios. Este conocimiento resultaría evidente si conviniéndose que se alquila el bien por tanto por mes o por año, durante tantos meses o años, no hubiese evicción total o parcial, porque en tal caso, el contrato no sería de una locación ordinaria, sino un contrato aleatorio que le permitiría dejar de pagar el alquiler.

Termina Marcadé rechazando, por inexacta, la idea de Troplong, fundada en un pasaje de Favre, según el cual, el locatario evicto no tendría derecho a ninguna indemnización, ni a disminución del alquiler, si la porción de goce de que es privado fuese escasa o moderada. El pasaje de Favre, aplicable al caso de reparaciones debidas por hechos provenientes de fuerza mayor, no lo en el de evicción, la cual, aun siendo parcial, y moderada, en consecuencia, la indemnización, será ésta siempre debida (ver autor y opus cits. t. VI, art. 1727, II), pág. 463, 6ª edición).

Art. 1296. — No habiendo prohibición en el contrato, el locatario, sin necesidad de autorización especial del locador, puede hacer en la cosa arrendada, con tal que no altere su forma o que no haya sido citado para la restitución de la cosa, las mejoras que tuviere a bien, para su utilidad o comodidad.

Ver: arts. 1533 C. argentino; 2340 del Esboço de T. de Freitas; 1664 del Anteproyecto de Bibiloni; 1037 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1297. — En las casas y predios urbanos, y en los edificios de los predios rústicos, no podrá el inquilino hacer obras que perjudiquen la solidez del edificio, o causen algún inconveniente, como el rompimiento de

paredes maestras para abrir puertas o ventanas. Puede, sin embargo, quitar o mudar divisiones internas, abrir en esas divisiones puertas o ventanas, o hacer obras análogas, con tal que desocupada la casa, la restituya en el estado en que se obligó a restituirla o en que la recibió, si así lo exigiere el locador.

Ver: arts. 1534 C. argentino; 2541 y 2549 del Esboço de T. de Freitas; 1665 del Anteproyecto de Bibiloni; 1037 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1298. — El locatario no puede hacer mejoras que alteren la forma de la cosa, si no fue expresamente autorizado por el contrato para hacerlas, o si el locador no lo hubiere autorizado posteriormente.

Si la locación ha sido de tierras incultas, se entenderá que ha sido hecha con autorización al locatario de poder hacer en ellas cualquier trabajo de cultivo, o cualquiera mejoras rústicas.

Ver: arts. 1536 y 1537 C. argentino; 2555 y 2341 del Esboço de T. de Freitas; 1666 del Anteproyecto de Bibiloni; 1037 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1299. — En defecto de convención el locador está obligado a reembolsar al locatario las impensas necesarias hechas en la cosa. Se considerarán tales las reparaciones y gastos a cargo del locador hechos por el locatario, cuando sin daño de la cosa arrendada no podían ser demorados, y era imposible al locatario avisar al locador para que éste los hiciera, o lo autorizara para hacerlos. Se reputarán gastos de esta clase los hechos en pago de impuestos a que la cosa misma esté sujeta, pero no los que recaen sobre el comercio, industria o goce del locatario, o son determinados por la explotación del bien.

Ver: art. 1667 del Anteproyecto de Bibiloni; 1032 del Proyecto argentino de 1936.
En cierta medida, el presente artículo es una aplicación de lo dispuesto en el in fine de nuestro art. 1283.

Art. 1300. — Las impensas de otra clase sólo son de cargo del locador cuando así lo disponen las reglas de la gestión de negocios.

El locatario podrá levantar, al término del contrato, las mejoras que hubiere hecho, a menos que el locador quisiera conservarlas a cambio de abonar el mayor valor que por los trabajos hubiera adquirido el bien locado.

Ver: arts. 1668 y 2414 del Anteproyecto de Bibiloni; 1032 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936. Confróntese la apostilla de Bibiloni al art. 1668 de su Anteproyecto; y 1593 C. italiano.

Art. 1301. — Autorizándose mejoras que el locatario hará, debe designarse expresamente cuáles sean. Autorizándose mejoras que el locador se obliga a pagar, debe designarse el máximum que el locatario podrá gastar, y los alquileres o rentas que deban aplicarse a ese objeto.

No observándose las disposiciones anteriores, la autorización se reputará no escrita, si fue estipulada en el contrato, y será nula si fue estipulada por separado.

Ver: arts. 1669 del Anteproyecto de Bibiloni; 1037 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1542 C. argentino; 2355 del Esboço de T. de Freitas; 1592 C. italiano.

Art. 1302. — La autorización de hacer mejoras, con obligación de pagarlas el locador, y con obligación de hacerlas el locatario, o sin ella, no pueden ser probadas sino por escrito.

Ver: arts. 1543 C. argentino; 2356 del Esboço de T. de Freitas; 1670 del Anteproyecto de Bibiloni; 1037 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1303. — El locatario tiene derecho de retención por las mejoras o los gastos, que hubiere en el inmueble que el locador debe abonar.

Ver. arts. 1547 C. argentino; 2360 del Esboço de T. de Freitas; 1037 inc. 9º del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De las obligaciones del locatario

Art. 1304. — El locatario está obligado a recibir el bien locado y a aplicarlo al uso estipulado en el contrato, y a falta de convenio escrito, al uso a que dicho bien ha servido antes en poder del locador o de un locatario anterior, o al que regularmente sirven bienes semejantes. No podrá usarlo en diverso destino aunque ello no traiga perjuicio al locador. Si lo emplea en otro destino del cual pudiera resultar un daño al locador, podrá éste, según las circunstancias, demandar la rescisión del contrato.

Ver: arts. 1554 y 1565 C. argentino; 1723 y 1729 C. francés; 1587 C. italiano; 1608 inciso 3º C. portugués; 1680 y 1681 C. de Luisiana; 1555 inc. 2º y 1556 C. español; 261 C. Federal suizo de las Obligaciones; 545, 550 y 553 C. alemán; 1192 inc. 1º C. brasileño; 1938 C. chileno; 1996 C. colombiano; 1999 C. ecuatoriano; 1811 y 1812 C. uruguayo; 1592 y 1593 C. venezolano; 1143 C. boliviano; 1517 inc. 1º C. peruano; 1715 inc. 1º C. guatemalteco; 2425 inc. III) C. mexicano; 1137 y 1138 C. costarricense; 2860 inc. 3º C. nicaragüense; 1704 C. hondureño; 428 y 429 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 380 inc. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 438 C. Civil de la República de China; 2367 inc. 1º, y 3º del Esboço de T. de Freitas; 1672 del Anteproyecto de Bibiloni, 1033 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1305. — El locatario debe observar en el uso y goce de la cosa la diligencia que se pone en el uso y goce de la cosa propia de suerte que al término del contrato pueda restituirla al locador en el mismo buen estado de conservación en que la recibió; y abonará el alquiler en los plazos convenidos, y a falta de convención, según los usos del lugar. Abonará igualmente los impuestos establecidos por razón del uso o explotación del bien aunque se cobren al propietario, siendo además de su cargo los gastos del contrato.

Ver: arts. 1556 C. argentino; 1728 inc. 1º C. francés; 1587 inc. 2º C. italiano, y así los demás códigos citados en la nota anterior; 1673 y 1685 del Anteproyecto de Bibiloni; 1033 incisos 2º y 3º y 1033 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

Difiere nuestro artículo del 1728 inc. 1º del C. francés y en cuanto a la definición de la diligencia que el locatario ha de observar en el uso y goce de la cosa ajena que ha recibido en locación, porque en tanto dicho precepto, la refiere a la diligencia del buen padre de familia, tipo abstracto de comparación, señalado por Pothier (**Traité du Contrat de Louage**, in Oeuvres, t. IV, Nº 190 pág. 69, 2ª edición), y preceptuado como regla general de las Obligaciones de dar del C. francés (art. 1137), nosotros, que hemos desechado la clasificación tripartita de la culpa, según lo establecimos en nuestro art. 843 segunda parte, optamos por referir la culpa del locatario a la naturaleza de su obligación de conservar la cosa en beneficio propio y del locador, tal como lo auspició Favard de Langlade al discutirse el art. XXXVIII del proyecto de Código francés, que luego habría de ser su art. 1137. Cualquiera sea la naturaleza del contrato que confía al deudor la conservación de una cosa que pertenece a aquel a quien él debe, decía Favard, el cuidado de conservarla debe ser el mismo, por todo el tiempo que ella esté a cargo del deudor, **quien debe considerarse como si él fuera el propietario.** (ver Malapert, **De la Prestation des Fautes**, pág. 270, edición 1861).

Tal es el criterio consagrado por el inc. 1º del art. 1192 del C. brasileño, según el cual debe el locatario servirse de la cosa locada para los usos convencionados, o presumidos, conforme con la naturaleza de ella y las circunstancias, y tratarla con el mismo cuidado, **como si fuese suya.** Siendo así no se le admitiría al locatario la excusa del abuso o descuido con que él acostumbra tratar las cosas de su pertenencia. Su responsabilidad se extiende a los actos de sus dependientes, personas de su familia y sublocatarios (ver Bevilaqua, opus cit. t. IV, pág. 366).

Art. 1306. — Las cosas introducidas en la casa o predio arrendado, quedarán afectadas en garantía de las obligaciones del locatario como está dispuesto en el Título que trata de la preferencia de los créditos sobre cosas muebles.

Ver: arts. 1558 C. argentino; 2102 inc. 1º C. francés; 1942 C. chileno; 2000 C. colombiano; 2003 C. ecuatoriano; 1826 C. uruguayo; 1675 del Anteproyecto de Bibiloni; 1041 del Proyecto argentino de 1936; 1507 inc. 2º C. peruano; 559 C. alemán; 272 y 273 C. Federal suizo de las Obligaciones; 386 del C. de las Obligaciones de Polonia.

Art. 1307. — Si el locatario emplea la cosa arrendada en otro uso que el pactado o al que esté destinada por su naturaleza, o si por un goce abusivo causa perjuicio al locador, podrá éste demandar las pérdidas e intereses, y según las circunstancias la supresión de las causas del perjuicio, o la rescisión del contrato.

Ver: arts. 1559 C. argentino; 1727 C. francés; 2681 C. de Luisiana; 1556 C. español; 1608 inc. 3º C. portugués; 1938 C. chileno; 1996 C. colombiano; 1999 C. ecuatoriano; 1193 parág. 1º C. brasileño; 1812 C. uruguayo; 1593 C. venezolano; 1529 inc. 3º C. peruano; 1140 C. costarricense; 1716 C. guatemalteco; 1704 C. hondureño; 429 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 550 y 553 C. alemán; 261 C. Federal suizo de las Obligaciones; 382 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 438 C. Civil de la República de China; 1676 del Anteproyecto de Bibiloni; 1042 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

El uso abusivo de la cosa locada puede revestir diversas formas. Quien por los deterioros que causa en la cosa la envilece; quien por los ruidos estrepitosos que hace torna intolerable el goce de los otros locatarios del piso que ocupa en la casa o de los otros departamentos del mismo edificio; el locatario que derriba un árbol de alta copa o una pared, desvía el uso pactado de la cosa, y si de ello resulta daño al locador, podrá éste pedir o la rescisión del contrato, o demandar además daños y perjuicios cuando el perjuicio que se le ocasiona es irreparable.

Art. 1308. — Debe conservar la cosa en buen estado y responder de todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de las personas de su familia que habiten con él, de sus domésticos, trabajadores, huéspedes o subarrendatarios, cesionarios y comodatarios.

Deteriorándose la cosa arrendada por culpa del locatario o de las personas designadas, puede el locador exigir que haga las reparaciones necesarias o disolver el contrato.

Ver: arts. 1561 C. argentino; 1735 C. francés; 1564 C. español; 2692 C. de Luisiana; 1588 C. italiano; 1608 inc. 2º C. portugués; 1822 C uruguayo; 1597 C. venezolano; 1716 C. guatemalteco; 1941 C. chileno; 1999 C. colombiano; 2002 C. ecuatoriano; 1138 C. costarricense; 1707 C. hondureño; 433 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1677 del Anteproyecto de Bibiloni, 1033 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936. Confróntese: Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. IV, Nº 193, pág. 70; Toullier, t. XI, Nº 162 y 166; Duranton, t. XVII, Nº 103 y 107; Marcadé, t. VI, art. 1735; Guillouard, t. I, Nº 247; Laurent, t XXV, Nº 275; Aubry y Rau, t. V, parág. 367, texto y nota 18, pág. 315, 5ª edición.

Art. 1309. — Si abandonare el locatario la cosa arrendada sin dejar persona que haga sus veces, el locador tendrá derecho a tomar cuenta del estado de ella, para lo cual requerirá las correspondientes providencias judiciales que el caso requiera, y el contrato quedará disuelto.

Ver: arts. 1564 C. argentino; 2376 del Esboço de T. de Freitas; 1678 del Anteproyecto de Bibiloni; 1042 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1310. — Si el locatario hiciera sin autorización del locador, mejoras que alteren la forma de la cosa arrendada, o fueren prohibidas en el contrato, podrá el locador impedirlas; y si ya estuvieren acabadas, podrá demandar su demolición, o exigir al fin de la locación, que el locatario le restituya la cosa en el estado en que la recibió.

Haciendo el locatario obras nocivas a la cosa arrendada, o que muden su destino, podrá el locador ejercer los mismos derechos o demandar la resolución del contrato.

Ver: arts. 1565 y 1566 C. argentino; 2377 y 2378 del Esboço de T. de Freitas; 1037 inc. 8º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1311. — Si el locatario no hiciera las mejoras por él prometidas, podrá el locador optar por exigirle la ejecución de ellas, dentro de un plazo determinado, o comunicarle con la resolución del contrato, si no las efectuare.

Si se hubiera entregado por el locador alguna suma, o se hubiera disminuido el alquiler en retribución de las mejoras, podrá el locador exigir, además, la devolución de la suma entregada con los intereses, o el total del alquiler disminuido, todo sin perjuicio de los daños e intereses a que hubiere lugar.

Ver: arts. 1567 C. argentino; 2382 y 2383 del Esboço de T. de Freitas; 1680 del Anteproyecto de Bibiloni y 1037 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1312. — El locatario debe hacer las reparaciones de aquellos deterioros menores, que regularmente son causados por el uso de las personas que habitan el edificio.

Ver: arts. 1573 C. argentino; 1754 y 1755 C. francés; 2685 C. de Luisiana; 1940 C. chileno; 1998 C. co-

lombiano; 2001 C. ecuatoriano; 1818 C. uruguayo; 1612 C. venezolano; 1609 C. italiano; 1141 C. boliviano; 1722 C. guatemalteco; 1706 C. hondureño; 447 y 448 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1681 del Anteproyecto de Bibiloni y 1033 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 1206 parág. 2º C. brasileño.

Trátase en el presente artículo de las reparaciones llamadas locativas, que son aquellas que por su escasa importancia la ley pone de pleno derecho a cargo del locatario, sin distinguir si las degradaciones que las necesitan deben atribuirse a culpa suya o a culpa de las personas que habitan el edificio, o si provienen del uso de la cosa. En efecto, si tal discriminación tuviese que hacerse en cada caso, la verificación de si la degradación se debe o no a culpa del locatario, se daría lugar a muchos y embarazosos pleitos que el legislador ha querido evitar. Confróntese: Pothier, opus cit. t. IV, Nº 107 y 219 y ss., pág. 44 y 79; Aubry y Rau, t. V, parág. 367, texto y nota 33 a 35, pág. 329 y ss., 5ª edición; Guillouard, opus, cit. t. I, Nº 798, pág. 457; Hamel y Perreau in Planiol y Ripert, t. X, Nº 508, pág. 605.

El art. 1755 del C. francés permite al locatario excepcionador con la prueba de que la degradación de que se trata es debida a vejez o fuerza mayor.

Mas nuestro artículo no autoriza esta excepción.

Art. 1313. — El locatario responde de la pérdida y del deterioro de la cosa que ocurran en el curso del arrendamiento, aun cuando deriven de incendio, si no prueba que han ocurrido por caso fortuito o fuerza mayor, o por vicio en la construcción, o que el fuego se comunicó de una casa vecina.

Ver: arts. 1732 y 1733 C. francés; 1588 C. italiano; 1208 C. brasileño; 2435, 2436, 2437 y 2438 C. mexicano; 2875 C. nicaraguense; art. 1036 del Proyecto argentino de 1936; en contra; arts. 2693 C. de Luisiana; 1572 C. argentino; 1825 C. uruguayo; 2514 del Esboço de T. de Freitas; 1682 del Anteproyecto de Bibiloni; Solución intermedia; art. 434 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, según el cual: **"La responsabilidad del locatario en caso de incendio cesa en tanto el locador pueda ser indemnizado por el asegurador, salvo a éste el recurso contra el locatario, si prueba que el incendio ha sido causado por culpa de él"**, reproducido por el art. 1598 del C. venezolano.

Nuestro artículo decide una modificación substancial del art. 1572 del C. argentino, según el cual, el incendio es reputado caso fortuito, hasta que el locador o el que fuere perjudicado, pruebe haber habido culpa por parte de las personas designadas en el artículo anterior, o sea del locatario, sus agentes, dependientes, cesionarios, subarrendatarios, comodatarios o huéspedes.

Así también lo decidió T. de Freitas por el art. 2544 de su Esboço.

La necesidad de la reforma del art. 1572 del C. argentino era evidente, pues, viniendo Bibiloni a considerarla, dice en su apostilla al 1682 de su Anteproyecto que **"la culpa no se presume"**, Y agrega: **"Tampoco se presume el caso fortuito"**, porque como excepción a la responsabilidad por culpa, no es admitido sin pruebas que justifiquen. Siendo así, evidente es el error del legislador que al proclamar tal principio, según el cual, en caso de incendio de la casa alquilada queda el locatario eximido de pleno derecho de responsabilidad hasta que el locador o el que resulte perjudicado, pruebe haber habido culpa del locatario, sus agentes, dependientes, cesionarios, subarrendatarios, comodatarios, huéspedes etc., como si el incendio pudiese producirse por generación espontánea, en contradicción con la máxima **incendium sine culpa fieri non potest**, con que la perspicuidad romana dejó sentada una verdad que habría de fundar la regla de nuestro artículo. Explícase así aquel texto atribuído a Ulpiano, en el cual, refiriéndose al prefecto de guardia nocturna que juzga a los incendiarios, a los que roban con efracción o violencia, y a los ladrones y a los que encubren robos, dice: **"Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium: aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus, fustium castigationem remittit"**, o sea en romance: Como lo más frecuentemente los incendios ocurren por culpa de los que habitan las casas, puede él castigar con el bastón a aquellos incursos en negligencia de dejar el fuego, o perdonarles la pena a cambio de una severa reprimenda (ver Dig. Lib. I, Tít. XV, Ley 3).

Cierto es que este texto no zanja la cuestión de la prueba, como tampoco la resuelve el texto atribuído al mismo Ulpiano que reza: **"Si hoc in locatione convenit, ignem ne habeto, et habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere"**, o sea que si se ha convenido por el contrato de locación que el locatario no puede tener fuego, será éste garante del incendio que ocurriera por caso fortuito, porque él no ha debido tener fuego (ver Dig. Lib. XIX, Tít. II, Ley 1). Esta decisión sólo demuestra que, en principio, el locatario sólo responde de su culpa, pero no indica a cual de las partes incumbe la prueba, sea de la culpa, sea del caso fortuito.

Tampoco responde a esta cuestión la Ley 11, Tít. VI del Lib. XVIII del Digesto **De periculo et Commodo rei vendite**, que dice que: **"Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri nom possit, qui juris sit? Respondit: Quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi, et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit"**, o en romance: Si una casa vendida se ha quemado, como jamás un incendio ocurre sin culpa de alguien, ¿qué debe decidirse? Yo respondo, dice Alfanus Varo: Dado que el incendio puede producirse sin culpa del padre de familia mismo, no se debe decidir de inmediato que él ha incurrido en culpa, porque ha podido ser causado por sus esclavos. Así, si el vendedor ha puesto en el cuidado de la casa vendida la diligencia que un hombre exacto observa en sus negocios, él no puede sufrir las consecuencias de este incendio.

Siendo la teoría de la prestación de culpa la misma en materia de locación que en la de venta, se ha invocado este texto para apreciar la responsabilidad del locatario, porque tanto el vendedor, como el locador, deben cuidar de la cosa como un buen padre de familia.

¿Mas qué resulta de esta solución?, se pregunta Guillouard, a quien seguimos en este punto.

Todo lo que resulta de esta ley, agrega, es que el vendedor será responsable del incendio si en la conservación de la cosa no ha puesto los cuidados de un buen padre de la familia. Mas es a él a quien incumbe la carga de la prueba de que puso en la conservación de la cosa los cuidados del buen padre de familia, o es a cargo del adquirente la prueba de su culpa? A esta delicada cuestión, la Ley 11 no responde.

Para decidir estas cuestiones, dice nuestro autor, se debe recurrir a los principios generales sobre la prueba en materia de culpa Y así, remitiéndonos a la Ley 5 del Código, **de pigneratitia in rem actione**, concluye que por Derecho romano el que debe aplicar a la conservación de la cosa los cuidados de un diligente padre de familia, está obligado, en caso de pérdida, a probar que se ha esmerado en ello. Esta obligación incumbía lo mismo al locatario que al vendedor, de suerte que siendo así, el responsable del incendio era el inquilino a menos que probase que la casa se quemó sin su culpa (autor y opus cit. t. I, Nº 250, pág. 244).

Muy controvertida en el antiguo Derecho francés esta materia, fue decidida por Pothier, quien dijo que ocurriendo ordinariamente los incendios por culpa de las personas que moran en las casas; cuando una casa se incendia fácilmente se lo atribuye la culpa del locatario, o a la de sus domésticos, de lo que él es el responsable, razón por la cual está obligado a reconstruir la casa, a menos que justifique que el incendio ocurrió por caso fortuito o que se comunicó de una casa vecina, donde comenzó.

Contemplando a renglón seguido Pothier la hipótesis de haber varios locatarios principales en una casa, juzga que el responsable será el locatario de la habitación donde comenzó el incendio. Mas si no se supiese dónde

comenzó el fuego, sería enteramente incierto quien haya de ser culpado, de suerte que siendo así no procedería presunción de culpa contra ninguno de dichos locatarios que pueda servir de fundamento a la demanda del locador para obtener la reconstrucción del edificio (ver autor cit. Traité de Louage, in Oevres, t. IV. Nº 194, pág. 71).

Tal sería la fuente de art. 1733 del C. francés, no así del 1734 por el que sus compiladores consagraron una decisión contraria a la de Pothier respecto del caso de haber varios locatarios principales en la misma casa, pues, lejos de admitir la irresponsabilidad de todos, estatuya ese precepto que ellos son todos solidariamente responsables del incendio, a menos que el incendio haya comenzado en la habitación de uno de ellos, supuesto en el cual éste sería el responsable. O también —agrega el artículo— cuando algunos prueben que el incendio no pudo tener principio en su casa.

El locatario puede eximirse de la responsabilidad puesta a su cargo por el art. 1733 si evidencia que el incendio fue causado por caso fortuito, fuerza mayor, o por vicio en la construcción; o que el fuego se comunicó desde una casa vecina.

Esta presunción legal de culpa (juris tantum) de la negligencia del locatario en impedir la producción del incendio, no ha sido impugnado por ninguno de los exégetas del C. francés. Antes al contrario, ha merecido su adhesión, como en igual medida ha merecido la de los compiladores de los códigos italianos de 1865 y 1942, la de la doctrina y jurisprudencia del mismo país; y en nuestra América la de los códigos de México, Brasil y Nicaragua, con excepción de los Códigos de la Argentina, Uruguay y de Luisiana.

Promovida en la Argentina la eventual reforma del Código de Velez Sarsfield, y venido Bibiloni a considerar la modificación de su art. 1572 esbozó el art. 1682 de su Anteproyecto, concebido en estos términos: "En caso de incendio no se presume la culpa del locatario o personas por quien responde. Debe ser probada para determinar la aplicación del art. 1627" o sea para hacerle responsable del daño.

No hace falta mucho examen para comprender que la pretendida corrección del art. 1572 del Código argentino no pasa de ser sino su repetición bajo formas elocutivas distintas, en cuanto, a estar al criterio así sustentado, sigue impuesta al locador perjudicado la prueba de la culpa del locatario, como si la producción de dicha prueba fuese más fácil que la que al código francés puso a cargo del locatario para eximirse de la responsabilidad de responder del daño. Es ilógico e injusto que el locador que ha estado ausente de la casa alquilada acaso lejos, en disfrute de un viaje de placer, o entregado al sueño, puede encontrar en las ruinas de su casa reducida a cenizas la evidencia que el incendio no fue debido a un caso fortuito, sino a culpa del locatario.

En cambio, en el sistema francés, es al locatario, que habita la casa, a quien puede resultarle fácil probar que, a pesar de la diligencia que puso en cuidar que la casa alquilada, no se incendiase, surgió espontáneamente el fuego de un corto circuito de las instalaciones eléctricas, como corrientemente se ha venido arguyendo desde el empleo de la electricidad para dar luz y calefacción a domicilio.

A lo que parece, si es verdad que la culpa no se presume en materia de responsabilidad extracontractual, y es a la víctima a quien incumbe probarla con los daños que el hecho le ha causado, no es menos cierto que tratándose de la culpa contractual, nada tiene que probar el acreedor, desde que la obligación de su deudor emerge del incumplimiento del contrato, y es él quien deba probar que ha ejecutado su obligación, o que ha sido impedido de cumplirla por caso fortuito, tal como Saleilles lo explica en el Nº 333, pág. 436 de su Etude de la Théorie Generale de L'Obligation d'Aprés le Premier Projet de Code Civil pour L'Empire Allemand, 3ª edición.

Siendo así, agrega nuestro autor, la prueba se halla invertida. Sería un error creer que si en el orden contractual no hace falta la prueba de la culpa del deudor incumplido es porque la ley la presume. No. El principio es el mismo en materia contractual que en el orden extracontractual en cuanto la culpa no se presume. Mas lo que ocurre en el orden contractual es que la culpa del deudor consiste en la inejecución de su obligación que bien pudo cumplirse. Para eximirse de responsabilidad debe él probar que la obligación no subsiste más o que no se ha podido cumplirla a consecuencia de un caso fortuito. Es necesario que el deudor evidencie su liberación, por una prueba que por derecho común le está impuesta.

Y en tanto él no la produzca, agrega Saleilles, evidente es: 1º que la obligación subsiste; y 2º que nada evidencia que el deudor haya sido incapaz de cumplirla, de donde viene que el deudor que no cumple su obligación cuando podía o habría podido cumplirla, incurra en culpa. No hay culpa presunta, sino culpa realizada. Lo que queda incierto, porque la prueba no ha sido rendida, es el hecho de que deriva la culpa del deudor: hay aquí culpa, pero culpa especializada. No se sabe con exactitud la culpa en que el deudor ha incurrido; pero lo cierto es, a falta de prueba contraria, que él ha incurrido en una, porque él no ha ejecutado una obligación cuya extinción no ha establecido. Hay interés en decir que en este caso hay culpa, sin que se sepa de qué hecho deriva, porque la medida de la indemnización se regula según la dimensión del perjuicio; y para establecer el perjuicio, necesario es que haya relación de causalidad entre el perjuicio de que uno se queja y el hecho concreto al cual se lo atribuya: en el presente caso, ese hecho no ha podido ser establecido. Así, pues, en caso de culpa no especializada, no podrá, en general, reclamarse indemnización sino sólo por el perjuicio directo resultante de la inejecución de la obligación y no por el que, fuera de la falta de prestación del objeto debido, podría relacionarse con el hecho que ha hecho imposible la prestación.

Para aclarar esta doctrina supone Saleilles un edificio que ocupado por varios locatarios se ha incendiado, de los cuales, todos, menos uno, han probado que el fuego no se ha originado en las partes por ellos ocupadas, prueba que el excluso no pudo producir respecto de la suya, sin que tampoco se haya podido determinar con exactitud el lugar inicial del incendio, ni su causa. Y se pregunta, si no habiendo éste demostrado el caso fortuito, debe indemnizar todo el daño? Sí, responde Saleilles, si la culpa se presume, porque la presunción consistiría en suponer haber sido él el autor culpable del incendio, y deberá entera reparación de las consecuencias de su acción, consistentes en la destrucción total del inmueble.

Mas, se ha respondido, con razón, que la culpa no se presume; y que lo único que hay es culpa no especializada, en el sentido de nabérsele declarado culpable de no haber cumplido su obligación, sin que el hecho de que esta inejecución deriva haya sido determinado. Puede éste, sin duda, consistir en un hecho de negligencia de que el incendio es el resultado, como que también éste ha podido tener por causa una chispa venida de otro lado. Nada prueba que ésto no haya podido ocurrir, desde que no se ha establecido directamente que el incendio haya comenzado en la parte ocupada por el locatario. Si el hecho no es especializado, no podría sostenerse que la culpa de este último haya consistido en prender el incendio, más bien que no haber preservado el apartamento que ocupa. No siendo especializado el hecho, no puede demandársele sino por la culpa de inejecución, la cual consiste en no haber podido preservar del fuego el apartamento que él debió conservar y devolver. No podría imputársele una culpa que supondría una relación de causalidad entre su hecho y el incendio mismo, porque ese hecho queda incierto, incertidumbre en la cual sólo puede declarársele responsable de no haber restituído su apartamento al locador, pero sin que haya derecho á vincular este hecho, de la que esa imposibilidad deriva, a la destrucción total de la casa.

Hemos reproducido casi literalmente este largo discurso de Saleilles, como el más sólido fundamento de la decisión de nuestro artículo, y la mejor demostración del error de los que pretenden arrojar la prueba de la culpa del locatario a cargo del locador, porque según su singular doctrina la culpa de éste no se presume, y acaso porque olvidan que las relaciones de locatario y locador son de origen contractual, y que siendo así, no tiene el acreedor por qué producir esta prueba, cuando le basta el incumplimiento puro y simple de la obligación de su deudor de restituirle la casa en el mismo e igual estado en que la recibió. Otra cosa sería si la obligación fuese ex delicto, caso en el cual la prueba de la culpa del autor del daño es a cargo de la víctima del hecho ilícito que le causa daño.

Tal es igualmente la doctrina de los juristas italianos, quienes enseñan que en este caso se trata de una in-

versión de la carga de la prueba. Dada la naturaleza contractual de la obligación del locatario, podrá éste limitarse a dar la prueba meramente negativa de que el perecimiento o el deterioro han provenido de causa no imputable a él, sin que ses necesaria la prueba de un concreto hecho positivo (caso fortuito o fuerza mayor), como causa del perecimiento o del deterioro. La causa desconocida está a cargo del locatario (ver: Messineo, opus cit. t. V, letra e) pág. 174). Por eso, Giannattasio enseña que el locatario debe probar la causa positiva del incendio o genéricamente de la pérdida o del deterioro (ver autor cit. **in Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, t. II, Commentario al cuidado de D'Amelio y Finzi; Di Blasi, Il Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale, I Singoli Contratt, pág. 117;** y Grandi **in Relazione del Ministro Guardasigilli, Nº 692, pág. 459).**
Se comprenderá así por qué la Comisión argentina de Reforma del Código se apartó en este punto del esbozo de Bibiloni al establecer por el art. 1036 de su Proyecto que: **"El locatario responderá por el incendio de la cosa, si no probare caso fortuito o fuerza mayor, vicio de construcción, o que el fuego se propagó desde un inmueble vecino, u otras causas análogas".**
Comparado este artículo con el 1208 parág. 1º del Código del Brasil, se ve que es su copia casi literal. Y así lo confirma la propia Comisión en su Informe, al referirse a este cambio radical del principio, como sigue: "El Anteproyecto substituye el art. 1572, por otro según el cual en caso de incendio, no se presume la culpa del locatario o de las personas por quienes responde, entendiendo dejar así, el caso regido por los principios generales. Estimamos en cambio que por corresponder al locatario el cuidado y conservación de la cosa, es más lógico resolver como el Código del Brasil, que para no incurrir en responsabilidad, debe aquél probar que el hecho se ha producido por caso fortuito, fuerza mayor, vicio de construcción o que el fuego se propagó desde un inmueble vecino u otra causa semejante. (Ver: Reforma del Código Civil, - Antecedentes - Informe - Proyecto, t. I, pág. 124).
Para concluir diremos que la decisión de nuestro artículo 1313 es mera aplicación del principio consagrado por los arts. 847 y 850 del presente Código.

Art. 1314. — Si la casa alojare a más de un inquilino, todos responderán del incendio, inclusive el locador si en ella habitare, cada uno en proporción al valor de la parte que ocupe, excepto si probaren que el incendio comenzó en el apartamento habitado por uno solo de sus moradores, quien entonces será el único responsable.

Ver: art. 1208 parág. 2º C. brasileño; 1734 C. francés, según el cual, la responsabilidad de los varios inquilinos es **solidaria**, decisión de la que, siguiendo la solución del 1208 parág. 2º del C. brasileño y el 1611 del C. italiano, nos apartamos, dejando reducida dicha responsabilidad a un caso de mancomunidad simple, conforme con la regla **concursus partes fiunt.**
Explicando esta decisión dice Bevilaqua: "Si el predio tuviese más de un inquilino, todos responderán del incendio, en proporción a la parte que ocupen. Hay, en este caso, una responsabilidad colectiva, pero no solidaria. Cada uno de los locatarios responde, sólo por una cuota de la indemnización, correspondiente a la parte que ocupare en el predio. Para determinar la fracción de precio de la indemnización, a que está obligado cada inquilino, el Código Civil francés, de donde fue extraído nuestro artículo, se refiere al **valor locativo.** El nuestro no menciona el valor, y relaciona la indemnización a sólo la parte ocupada. Mas la idea de valor no puede ser puesta de lado. No es admisible que se tenga en vista el espacio ocupado por el inquilino, sin atención a su valor locativo. Forzoso será entender las palabras **—en proporción al valor de la parte que ocupe—** como en proporción del valor.
Si uno de los habitantes del predio fuere el propietario, será él, para los efectos de la indemnización prescripta, tratado como cualquier inquilino.
Cada inquilino, sin embargo, no responde sino por la parte que habita, como que la indemnización no es debida sino por la parte damnificada. Así, si en un inmueble, de varios pisos, se manifestare el incendio en los pisos superiores, dejando intacta la planta baja, los locatarios de este piso no tendrían que contribuir. El inquilino —agrega Bevilaqua— tiene dos defensas: 1º probar que el incendio comenzó en la parte utilizada por un solo morador; 2º Probar que el incendio no pudo haber comenzado en su habitación. El artículo no destaca este segundo caso, pero es claro que si uno de los locatarios probare que el incendio no podía comenzar en su habitación, sería clamorosa injusticia condenarle a contribuir a la satisfacción de un daño que otros han causado.
El fundamento de la responsabilidad colectiva de los inquilinos en caso de incendio es la dificultad de establecer quién sea el verdadero culpable. (Ver autor y opus cits. t. IV. pág. 390).

Art. 1315. — Si el edificio destruído o deteriorado por incendio, estaba asegurado por el locador o por cuenta de éste, la responsabilidad del o de los arrendatarios frente al arrendador se limita a la diferencia entre la indemnización abonada por el asegurador y el daño efectivo.

Si se trata de cosa mueble estimada y el seguro se hizo por un valor igual a la estimación, cesa toda responsabilidad del arrendatario frente al arrendador, si éste es indemnizado por el asegurador.

Quedan a salvo en todo caso las normas concernientes al derecho de subrogación del asegurador.

Ver: art. 1589 C. italiano; 434 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
El presente artículo es mera aplicación del art. 1916 del C. italiano, según el cual: **El asegurador que ha pagado la indemnización se subroga, hasta la concurrencia del monto de ella, en los derechos del asegurado frente a los terceros responsables,** regla no extraña a nuestro derecho, dado que el art. 525 del Código de Comercio estatuye que: **"Los aseguradores que hayan pagado la pérdida o daño sobrevenido a la cosa asegurada, quedan subrogados en los derechos de los aseguradores para repetir de los conductores (locatarios), u otros terceros los daños que hayan padecido los efectos, y el asegurado responde personalmente de todo acto que perjudique los derechos de los aseguradores contra esos terceros".**
Precepto es éste de casi todos los códigos de comercio, pero que ahora que por el C. italiano de 1942 y por el presente Código, la unificación interna del Derecho privado trasiega al Código Civil los contratos del Código de Comercio, viene impuesta al legislador la necesidad de incorporar a esta Sección la disposición que nos ocupa. (ver **Relazione del Ministro Guardasigilli, Nº 692, pág. 459)**
La limitación de la indemnización a que tiene derecho el locador a la diferencia entre la indemnización abonada por el asegurador y el daño efectivo, es de estricta justicia, porque de no limitársela a dichos

términos, podría el locador pretender que además de la suma abonada por el asegurador, le pague otro tanto el inquilino responsable del incendio, y enriquecerse así injustamente a expensa del locatario, cuando por el pago del seguro, el asegurador se subroga en los derechos del locador frente al locatario.

Art. 1316. — Si durante la locación se manifestare un vicio de la cosa o si se hiciere necesario adoptar medidas para protegerla contra un peligro antes imprevisto, debe el locatario avisar inmediatamente al locador.

Si el locatario omite o difiere el aviso queda obligado a indemnizar el daño causado por su negligencia. Si por falta de aviso no ha podido el locador tomar las medidas necesarias, el locatario no podrá pedir la rebaja o la suspensión del alquiler por la privación del uso, ni la resolución del contrato, ni la indemnización por inejecución del contrato.

Ver: arts. 1683 del Anteproyecto de Bibiloni; 1033 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; y su fuente: art. 545 C. alemán.
Se juzga que el aviso a que se refiere el parágrafo 1º del presente artículo es consecuencia de la obligación que incumbe al locatario de proteger la cosa en interés del locador. El incumplimiento de esta obligación se resuelve en la indemnización de los perjuicios que podrían sobrevenirle al locador.
En cuanto a la prueba, incumbe al locador producir la que conduzca a evidenciar que el locatario conocía o debía conocer el vicio, o la atribución de derecho que un tercero pretendiera sobre ella. El locatario podrá probar que dió inmediato aviso al locador.

Art. 1317. — El locatario no es responsable de los cambios o deterioros causados por el uso convenido o regular de la cosa, o si ésta estaba llamada a extinguirse progresivamente por la extracción de sus productos.

Ver: arts. 1684 del Anteproyecto de Bibiloni; 1034 del Proyecto argentino de 1936; y sus fuentes; 1569 C. argentino; 548 C. alemán; 2505 del Esboço de T. de Freitas.
El presente artículo es una limitación de la obligación del locatario de devolver la cosa al locador al término del contrato en el mismo e igual estado en que la recibió, establecida por el art. 1305.

Art. 1318. — El arrendatario debe restituir la cosa al arrendador en el mismo estado en que la recibió, de conformidad con la descripción que se haya hecho por las partes, salvo el deterioro, o el consumo resultante del uso de la cosa estipulado en el contrato.

A falta de descripción, se presume que el arrendatario recibió la cosa en buen estado de conservación.

El arrendatario no responde del perecimiento o del deterioro debido a vejez. Las cosas muebles deben ser restituidas en el lugar donde fueron entregadas.

Ver: arts. 1590 C. italiano; 1730 C. francés; 1599 C. holandés; 2689 C. de Luisiana; 1561 y 1562 C. español; 1608 inc. 5º C. portugués; 548, 555 y 557 C. alemán; 271 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1947 C. chileno; 2005 C. colombiano; 2008 C. ecuatoriano; 1827 C. uruguayo; 1594 C. venezolano; 1517 inc. 4º C. peruano; 2442 y 2443 C. mexicano; 1724 C. guatemalteco; 2890 y 2891 C. nicaraguense; 1713 C. hondureño; 1144 C. costarricense; 430 y 431 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 394 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 455 C. Civil de la República de China.
La obligación de restituir la cosa se extiende a sus accesorios.
No estando comprometido el orden público en el estado en que debe restituirse la cosa alquilada, obvio es que las partes son libres de alterar o derogar la regla del artículo por sus convenciones.

Art. 1319. — Los terceros podrán impugnar los pagos anticipados de alquileres, conforme a los principios generales. Sin embargo, y a pesar de convención en contrario, se tendrán como válidos los efectuados hasta el término de seis meses para los predios urbanos y de un año para los predios rústicos, en los casos siguientes:

1º) Respecto de los acreedores hipotecarios, sea cual fuere la fecha en que se inscribiere el gravamen. El término se computará desde la notificación del embargo. Los abonos ulteriores no podrán ser opuestos al acreedor, pero sí los hechos por mayor plazo y anotados en el Registro, antes de la constitución de la hipoteca.

2º) En lo que concierne a los adquirentes de la cosa, los verificados antes de tener conocimineto de la enajenación. El plazo se computará desde que el título se inscribió y el acto fue notificado al locatario. La limitación no podrá invocarse por quien supiere o debiere saber el pago anterior adelantado, en virtud de su inscripción.

3º) Respecto de la mujer casada bajo el régimen convencional de co-

munidad de gananciales, los hechos al marido que fuere el administrador de la comunidad, a menos que por sus capitulaciones matrimoniales se hallare él autorizado.

4º) En cuanto a los mandantes, los hechos a los mandatarios no facultados para requerir adelantos por mayor plazo.

5º) Con referencia a los incapaces, en cuanto a los anticipos por término más amplio, si no mediare venia judicial.

Ver: arts. 1323 del Proyecto argentino de 1936; y 1686 del Anteproyecto de Bibiloni, concebidos sobre la base de la supresión de los arts. 1574 a 1576 del Código argentino. Ha de leerse la larga y nutrida apostilla de Bibiloni que corre en la pág. 348 del t. II de su Anteproyecto (edición Kraft).
Dando por sabida esta nota, pasamos a reproducir las concordancias acopiadas por Bibiloni respecto:
1º) al inciso 1º, ver los arts. 1123 y 1124 C. alemán; 806 C. Civil suizo; 1102 C. austriaco.
2º) al inc. 2º, ver: 573 C. alemán, modificado por ley de junio de 1915; y 1102 C. austriaco.
3º) y 4º) ver: 2427 inc. 1º, 2311 y 2294 inc. 1º y 4º del Esboço de T. de Freitas.
Modificamos el inc. 3º de la fuente para armonizarlo con nuestro Derecho de Familia, pues, si la mujer se ha casado bajo el régimen de separación de bienes, no tendría derecho que hacer valer respecto de un pago anticipado de alquileres hecho a su marido sobre un bien de su exclusiva propiedad y administracion.

Art. 1320. — Si la cosa arrendada fuese inmueble, compete al locador, aunque la locación esté afianzada, acción ejecutiva para el cobro de los alquileres o rentas, mediante mandamiento de embargo sobre los bienes sujetos al privilegio concedido por este Código al crédito del locador.

Ver: arts. 1578 C. argentino; 2436 del Esboço de T. de Freitas; 1687 del Anteproyecto de Bibiloni; 1038 Proyecto argentino de 1936
Omitimos la reproducción del parágrafo 2º de estos preceptos por los que se estatuye que: "El locatario no será condenado a pagar alquileres o rentas, si tuviese que compensar mejoras o gastos, necesarios o autorizados, aunque el valor cierto de ellos dependa de la liquidación", porque no hace falta mucho esfuerzo para comprender que al favor de una disposición semejante no omitiría el locatario apremiado y en riesgo de quedar sin techo para sí y los suyos, su invocación, sin otro propósito que la chicana, que es el típico caso del ejercicio abusivo del derecho
La acción ejecutiva sería así fácilmente desnaturalizada y transformada en un juicio ordinario para la prueba de las mejoras invocadas por el locatario.

Art. 1321. — No pagando el locatario dos períodos consecutivos de alquileres o rentas, podrá el locador demandar la resolución del contrato, con indemnización de pérdidas e intereses.

Ver: arts. 1579 C. argentino; 2439 del Esboço de T. de Freitas; 1688 del Anteproyecto de Bibiloni y 1042 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1322. — La acción ejecutiva por cobro de alquileres o rentas, como por cualquier otra deuda derivada de la locación, compete igualmente al locatario y por su muerte a sus herederos, sucesores o representantes, contra el subarrendatario, sus herederos, sucesores o representantes, sin dependencia de autorización del locador.

Ver: arts. 1581 C. argentino; 2443 inc. 2º, y 2444 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 1689 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936, acaso por saber a superfluidad, no obstante lo cual, nosotros lo conservamos.

Art. 1323. — Las fianzas o cauciones de la locación o sublocación, obligan a los que las prestaron, no sólo al pago de los alquileres o rentas, sino a todas las demás obligaciones del contrato, si no se hubiere expresamente limitado al pago de los alquileres o rentas.

Ver: arts. 1582 C. argentino; 2449 del Esboço de T. de Freitas; 1690 del Anteproyecto de Bibiloni; 1039 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1324. — El arrendatario en mora en cuanto a la restitución de la cosa está obligado a dar al arrendador el alquiler convenido hasta la entrega, sin perjuicio de resarcir el daño mayor.

Ver art. 1591 C. italiano y 1616 del C. portugués. Sin antecedente en la legislación anterior.
El presente artículo fija el criterio de liquidación del daño derivado del mero retardo del locatario en restituir la cosa al locador, de acuerdo a la norma del art. 843 del presente Código. El acreedor tiene derecho a ser indemnizado de la falta de utilidad que ha sufrido por consecuencia inmediata y necesaria del retardo de su inquilino, sin perjuicio de la obligación de éste de resarcirle de los daños mayores.
Inquilinos de mala fe acostumbran intentar pagos por consignación del alquiler sin otro fin que el de cohonestar el ejercicio abusivo de su derecho de seguir ocupando la cosa por más tiempo que el estipulado en el contrato, con evidente perjuicio del locador que así puede perder las coyunturas de alquilar su casa en condiciones más ventajosas. Si hubiesen mejoras autorizadas por el locador que el locatario hubiese hecho, tendría derecho de retención.

CAPITULO VI

De la sublocación y la cesión del arrendamiento

Art. 1325. — El locatario, si no le fuere prohibido por el contrato, podrá subarrendar en todo o en parte la cosa, como también darla en comodato; o ceder la locación si el arrendador presta su consentimiento. En este último caso se producirá la transferencia de los derechos y obligaciones del locatario, y se aplicarán los principios de la cesión de derechos. Tratándose de cosas muebles, el subarrendamiento debe ser autorizado por el arrendador.

El subarriendo constituye una nueva locación, regidas por las disposiciones del presente Título.

Ver: arts. 1583 a 1585 C. argentino; 1717 del C. francés; 1594 C. italiano; 2696 C. de Luisiana; 1201 C. brasileño; 264 C. Federal suizo de las Obligaciones; 549, 556 parág. 3º C alemán; 1550 C. español; 1137 C. boliviano; 1605 C. portugués; 1098 C. austriaco; 1821 C. uruguayo; 1583 C. venezolano; 1946 C. chileno; 2004 C. colombiano; 2007 C. ecuatoriano; 1523 C. peruano; 1717 C. guatemalteco; 1145 C. costarricense; 2889 C. nicaragüense; 2480 C. mexicano; 1712 C. hondureño; 419 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 398 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 443 del C. Civil de la República de China; 2385 del Esboço de T. de Freitas; 1691 del Anteproyecto de Bibiloni; 1043 del Proyecto argentino de 1936.

El subarriendo y la cesión del contrato de arrendamiento son dos operaciones distintas. En la sublocación hay un nuevo contrato que desenvuelve su eficacia paralelamente al primero: las relaciones entre locador y locatario no sufren alteración y el locador se mantiene extraño al nuevo contrato celebrado entre el locatario y el sublocatario.

En la cesión consentida por el locador el contrato cedido continúa siendo el mismo, sin alteración alguna: el cesionario subroga al locatario en relación con el locador, quien a su vez puede cobrar contra él sin perder el deudor originario, mientras las relaciones entre el locatario y el sublocatario se rigen por las leyes de la cesión. Tal es la razón por la cual nuestro artículo, a igual que el art. 1594 del C italiano subordina la cesión al consentimiento del locador.

Este consentimiento es igualmente exigido cuando se trata de la sublocación de cosas muebles, porque, como enseña Messineo, entra en tal caso en juego el intuitus de la persona del arrendatario, y en particular, su habilidad y diligencia en el uso de la cosa, en vista de la fácil deteriorabilidad de ella.

Nuestro artículo no subordina la validez del subarriendo inmobiliario al consentimiento del locador, salvo pacto en contrario.

Art. 1326. — La prohibición de subarrendar importa la de ceder el arrendamiento, y recíprocamente la prohibición de ceder el arrendamiento la de prohibir el subarriendo. El comodato será siempre permitido.

Ver: arts. 1597 C. argentino; 2389 inc. 6º del Esboço de T. de Freitas; 1701 del Anteproyecto de Bibiloni y 1044 del Proyecto argentino de 1936. Confróntese la nota de Vélez Sarsfield al art. 1586 del C. argentino y el art. 1594 del C. italiano.

Art. 1327. — La sublocación no modifica las relaciones entre locador y locatario. Las de aquél con el subarrendatario, serán regidas por las normas siguientes:

1º) El locador, sin perjuicio de su derecho frente al locatario, tiene acción directa contra el sublocatario para exigir el precio del subarrendamiento, del que éste sea todavía deudor en el momento de la demanda judicial, y para constreñirlo a cumplir todas las otras obligaciones derivadas del contrato de subarrendamiento. El subarrendatario, a su vez, podrá reclamar del locador las obligaciones que hubiere contraído con el locatario.

El sublocatario no puede oponer al locador los pagos anticipados, salvo que los haya hecho con su consentimiento, en virtud de cláusula de su contrato.

Sin perjuicio de los derechos del subarrendatario frente al subarrendador, la nulidad o la resolución del contrato de arrendamiento tiene efecto también respecto del subarrendatario, y la sentencia pronunciada entre arrendador y arrendatario tiene efectos también contra él.

2º) El sublocatario está directamente obligado a satisfacer los alquileres o rentas que el locatario dejare de abonar, y cuyo pago fuere demandado; pero sólo hasta la cantidad que estuviere adeudándole.

3º) El sublocatario deberá indemnizar el daño que causare al locador en el uso y goce de la cosa.

Sobre el inc. 1º, ver: arts. 1595 C. italiano; 1753 C. francés; 1551 y 1552 C. español; 1821 C. uruguayo; 1157 C. boliviano; 1721 C. guatemalteco; 1526 C. peruano; 2885 y 2886 C. nicaragüense; 1712 C. hondureño; 2480 y 2481 C. mexicano; 420 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 264 in fine del C. Federal suizo de las Obligaciones; 556 parág. 3º C. alemán; 398 parág. 2º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 444 del C. Civil de la República de China; 1592, 1601 incisos 1º y 2º C. argentino; 2400 incisos 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1704 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1045 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el inc. 2º, ver: Arts. 1601 inc. 2º C. argentino; 1704 inc. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1045 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 2400 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas, y demás artículos citados en la nota al parágrafo anterior.
Sobre el inc. 3º, ver: Art. 2400 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; 1601 inc. 4º del C. argentino y los demás artículos citados arriba.
La acción directa del locador contra el sublocatario para exigir el precio del subarriendo, no es sino consecuencia de la relación de dependencia existente entre locación y sublocación y por no haber el locador prohibido la sublocación.
El parágrafo por el que se prohibe al locatario oponer los pagos anticipados que hubiese hecho al locatario, a menos de hacerlo con su consentimiento, en virtud de cláusula de su contrato, no es novedad de nuestro derecho, pues, idéntica prohibición se halla estatuida por el inc. 3º del art. 1601 del C. argentino, esta vez simplemente trasladada de sitio dentro del artículo.
La disposición por la que se preceptúa que sin perjuicio de los derechos del subarrendatario frente al subarrendador, la nulidad o la resolución del contrato de arrendamiento tiene efecto también respecto del subarrendatario, lo mismo que la sentencia pronunciada entre arrendador y arrendatario tiene efectos también contra él, que trasegamos del in fine del art. 1595 del Código italiano, cuyos exégetas la explican como mera consecuencia procesal de la relación de dependencia entre la locación y la sublocación. Siendo así, anulado o rescindido el contrato de locación, que es el contrato principal, queda igualmente extinguido el contrato de sublocación que depende del primero.
Esta decisión es, por lo demás, conforme con lo dispuesto por el art. 1606 del C. argentino y por el art. 792 del presente Código, según el cual "los efectos de la cosa juzgada se extienden a los sucesores universales de las partes y también a sus sucesores a título singular en virtud de un título que hubiese adquirido eficacia respecto de tercero después de iniciada la demanda de los que, en igual caso, detentaren la cosa litigiosa, todo sin perjuicio de las reglas que amparan la buena fe".

Art. 1328. — El subarriendo o la cesión por parte del locatario se juzgarán siempre hechos bajo la cláusula implícita de que el cesionario o el subarrendatario usarán y gozarán de la cosa conforme al destino para que ella se entregó por el contrato entre locador y locatario, aunque éste no lo hubiere estipulado en su contrato con el cesionario o subarrendatario.

Ver. arts. 1603 C. argentino; 2401 del Esboço de T. de Freitas; 1705 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1046 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1329. — El locador originario debe admitir como liberatorios los pagos hechos por el subarrendatario al locatario por los alquileres vencidos.

Ver. arts. 1594 parág. 1º C. argentino; Aubry y Rau; opus cit. t. V, parág. 368, texto y nota 22, pág. 341, 5ª edición; 1699 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1047 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1330. — El locador originario, tiene derecho y privilegio sobre las cosas introducidas en el predio por el subarrendatario; pero sólo puede ejercerlo hasta donde alcanzaren las obligaciones que incumben a éste.

Por su parte, el sublocador gozará por el precio del subarriendo, de los derechos y privilegios del arrendador sobre las mismas cosas.

Sobre el parág. 1º, ver: art. 1593 C. argentino; Aubry y Rau, opus cit. t. V, parág. 368, texto y nota 23, pág. 341, 5ª edición; 1698 del Anteproyecto de Bibiloni; 1048 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º, ver: art. 1590 C. argentino; 1696 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1048 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1331. — Si no obstante la prohibición del contrato, el locatario conviniera la sublocación de la cosa, el locador podrá demandar el desalojo del subarrendatario y que el locatario ocupe la parte o el todo subalquilado. Podrá también exigir los daños e intereses, y limitarse a ellos, o exigir la resolución de la locación por incumplimiento del contrato, con la indemnización que proceda.

Ver: art. 1700 del Anteproyecto de Bibiloni, por el que por aplicación del derecho común en caso de incumplimiento del contrato, se modifica lo preceptuado por el art. 1588 del C. argentino, inspirado en el art. 2393 del Esboço. La Comisión argentina de Reformas del Código, ausoició la unificación de los arts. 1538 y 1602 del C. argentino en el 1049 de su Proyecto, que preferimos no seguir en este caso, por innecesaria, y expuesta a complicaciones inútiles.

Art. 1332. — El locatario, en relación al subarrendatario, contrae las obligaciones y adquiere los derechos del locador; y los efectos del subarriendo serán juzgados sólo por lo que el locatario y subarrendatario hubieren convenido entre ellos, y no por el contrato entre el locador y el locatario.

Ver. arts. 1600 C. argentino; 2398 parág. 2º y 2399 del Esboço de T. de Freitas; 1703 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Sobre el argumento del presente artículo, véase nuestra nota al art. 1325 del presente Código.

Art. 1333. — Los efectos de la cesión de la locación por parte del locatario, y en relación al locador, son:

1º) Pasar al cesionario todos los derechos del locatario contra el locador, o solamente la parte correspondiente a la cesión; pero siempre con la calidad que, demandando el cesionario al locador, debe probar que su cedente se halla exonerado de sus obligaciones como locatario, u ofrecerse él mismo a cumplirlas;

2º) Pasarán también al cesionario todas las obligaciones del locatario para con el locador, o solamente la parte correspondiente a la cesión, sin que el cedente quede exonerado de sus obligaciones del locatario.

Ver: arts. 1599 C. argentino; 2397 del Esboço de T. de Freitas; 1702 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitidos en el Proyecto de 1936.

CAPITULO V

De la conclusión de la locación

Art. 1334. — La locación concluye:

1º) Si fuere contratada por tiempo determinado, acabado ese tiempo. Se entenderá que hay término determinado en los casos contemplados en el art. 1277.

2º) Si fuere contratada por tiempo indeterminado, cuando cualquiera de las partes lo quisiere, sin perjuicio de lo dispuesto por los incisos 4º y 5º del art. 1277.

3º) Por la pérdida de la cosa arrendada.

4º) Por la imposibilidad de afectar la cosa al destino especial para cuya consecución fue expresamente arrendada.

5º) Por los vicios redhibitorios de ella, que ya existieren al tiempo del contrato o sobrevinieren después, salvo si tales vicios eran aparentes al tiempo del contrato, o el locatario sabía de ellos, o tenía razón de saber.

Son vicios redhibitorios en las fincas urbanas, volverse obscura la casa por causa de construcciones en las fincas vecinas, o amenazar ella ruina.

6º) Por casos fortuitos que hubieran imposibilitado principiar o continuar los efectos del contrato.

7º) Por todos los casos de culpa del locador o del locatario que autoricen a uno u otro a rescindir el contrato.

Ver: Arts. 1604 y 1605 C. argentino; y especialmente:
a) Sobre el inc. 1º los arts. 2471 Nº 1 del Esboço de T. de Freitas; 1496 de Goyena; 1706 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1050 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 1596 parág. 1º del C. italiano; 1737 C. francés.
b) Sobre el inc. 2º, ver: arts. 1604 inc. 2º C. argentino; 2471 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 1705 inc. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1050 inc 2º del Proyecto argentino de 1936; 1596 parág. 2º C. italiano.
c) Sobre el inc. 3º, ver: arts. 1604 inc. 3º C. argentino; 1706 inc. 3º del Anteproyecto de Bibiloni, 1050 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 1741 inc. 1º C. francés; 2699 C. de Luisiana.
d) Sobre el inc. 4º, ver: arts. 1604 inc. 4º C. argentino; 2479 inc. 1º y 2499 inc. 9º del Esboço de T. de Freitas; 1705 inc. 4º del Anteproyecto de Bibiloni; 1050 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

e) Sobre el inc. 5º, ver: arts. 1604 inc. 5º C. argentino; 2479 inc. 5º y 2494 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 1706 inc. 5º del Anteproyecto de Bibiloni; 1050 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.
f) Sobre el inc. 6º, ver: arts. 1604 inc. 6º del C. argentino; 1706 inc 6º del Anteproyecto de Bibiloni; y 1050 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.
g) Sobre el inc. 7º, ver: arts. 1604 inc. 7º del C. argentino; 2479 Nº 6º del Esboço de T. de Freitas; 1706 inc. 7º del Anteproyecto de Bibiloni; 1050 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1335. — En el caso del inc. 1º del artículo precedente, si el locatario no devuelve la cosa, podrá el locador demandar su restitución inmediata, con más los daños y perjuicios. El desahucio se cumplirá dentro de diez días, a partir de la notificación de la sentencia que lo decretare.

Ver: arts. 1609 C. argentino; 2521 del Esboço de T. de Freitas; 1700 del Anteproyecto de Bibiloni; 1051 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1336. — Si la locación no fuere de plazo determinado, el locador podrá demandar la restitución de la cosa, pero el locatario, no adeudando dos períodos de alquileres, gozará de los plazos siguientes, computados desde la intimación:

1º) Si la cosa fuere mueble, después de tres días.

2º) Si fuere casa o predio, después de cuarenta días. Si el precio se hubiera fijado por días, después de siete días.

3º) Si fuere un predio rústico, o un establecimiento comercial o industrial después de tres meses.

4º) Si fuere una suerte de tierra en que no exista establecimento comercial, industrial o agrícola, después de seis meses.

Ver: arts. 1610 C. argentino; 2425 del Esboço de T. de Freitas; 1712 del Anteproyecto de Bibiloni; 1052 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1337. — Concluído el contrato de locación, el locatario debe devolver la cosa arrendada como la recibió, si se hubiere hecho descripción de su estado, salvo lo que hubiere perecido, se hubiere deteriorado por el tiempo o por causas inevitables.

Si el locatario recibió la cosa sin descripción de su estado, se presume que la recibió en buen estado, salvo la prueba en contrario.

Ver: arts. 1615 y 1616 C. argentino; 1737 C. francés; 1492 y 1493 de Goyena; 2451 del Esboço de T. de Freitas; 1590 C. italiano; 1714 del Anteproyecto de Bibiloni; 1054 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1338. — El locatario no puede retener la cosa arrendada so pretexto de que le deba el locador, ni por indemnización de mejoras, siempre que el locador depositare o afianzare el pago de ellas a su liquidación.

El locador tampoco puede abandonar la cosa arrendada por eximirse de pagar las mejoras y gastos que estuviere obligado a pagar.

Ver: arts. 1618 C. argentino; 2452 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; Omitido en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1339. — Si la cosa arrendada tuviere mejoras que el locador no debe pagar, se las reputará, cualquiera que sea su valor, accesorios de la cosa. El locatario no podrá separarlas si de la separación resultare algún daño a la cosa arrendada o si no le resultare daño a la cosa, no le resultare provecho a él; o si el locador quisiere pagarlas por su valor, como si estuvieran separadas.

Fuera de estos casos tendrá el locatario derecho a separar las mejoras, con tal que separándolas restituya la cosa en el estado a que se obligó, o en el estado en que la recibió.

Ver: arts. 1620 y 1621 C. argentino: 2453, 2454 y 2455 del Esboço de T. de Freitas; 1716 del Anteproyecto de Bibiloni; 1055 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1340. — Si terminado el contrato, el locatario permanece en el uso y goce de la cosa arrendada, no se juzgará que hay tácita reconducción, sino la continuación de la locación concluída, y bajo sus mismos términos, hasta que el locador pida la devolución de la cosa; y podrá pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el que el arrendatario hubiere continuado en el uso y goce de la cosa.

Ver: Arts. 1622 C. argentino; 1790 C. uruguayo; 1717 del Anteproyecto de Bibiloni; 1057 del Proyecto argentino de 1936. En contra: arts. 1738 C. francés; 1597 C. italiano; 2658 C. de Luisiana; 1566 C. español; 1618 C. portugués; 1149 C. boliviano; 1600 C. venezolano; 1195 C. brasileño; 1729 C. guatemalteco; 1532 C. peruano; 2486 y 2487 C. mexicano; 2919 C. nicaragüense; 568 C. alemán; 1114 C. austriaco; 263 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2457 del Esboço de T. de Freitas; 437 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 393 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 451 del C. Civil de la República de China.

Siguen un criterio ecléctico los Códigos de Chile (art. 1956); Colombia (art. 2014); Ecuador (art. 2017); y Honduras (art. 1722), los cuales estatuyen uniformemente que si vencido el término convencional del arrendamiento, permanece el arrendatario en el uso o goce de la cosa arrendada, no se entenderá que hay tácita reconducción, sino continuación del arredamiento concluído y bajo las mismas condiciones, hasta que el arrendador pida la devolución de la cosa; y podrá éste pedirla en cualquier tiempo, sea cual fuere el tiempo que el arrendatario hubiese continuado en el uso o goce de la cosa, ni más ni menos que lo preceptuado por el art. 1622 del C. argentino, presumiblemente inspirado en el art. 1956 del C. chileno, siquiera Vélez Sarsfield no lo mencione en su apostilla a dicho precepto. Mas agregan los artículos ya citados que si la cosa fuere raíz y el arrendatario con el beneplácito del arrendador hubiese pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier otro hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y el necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.

TITULO X

Del arrendamiento de predios urbanos

Art. 1341. — La locación de predios urbanos para vivienda del inquilino, su familia y domésticos y dependientes, se rige por las leyes de emergencia dictadas por la Cámara de Representantes y supletoriamente de los preceptos que en ellas falten, por los arts. 1273 a 1340 de este Código.

Suscitado en las Ciudades de la República el problema social de la vivienda, se han dictado diversos Decretos-Leyes con carácter de leyes de emergencia y por consiguiente de orden público, por virtud de los cuales se ha restringido la libre contratación del alquiler de las casas urbanas exclusivamente destinadas a habitación o morada del locatario, su familia, domésticos y demás personas de su dependencia, de suerte que por su aplicación la disciplina del alquiler de predios urbanos ha rebasado la esfera del Derecho privado para depender en gran medida del Derecho público, a la que nuestro artículo la reserva, conforme con lo dispuesto por el art. 1015 del presente Código.

La población urbana aumenta día a día no sólo por su crecimiento vegetativo, sino también por la afluencia incontenible de las personas que abandonando sus trabajos rurales buscan mejor remuneración a su labor en la Ciudad, sea como asalariados o empleados públicos. Producido este fenómeno por complejas causas económicas determinantes o de depresión del nivel de vida, amenaza agudizarse con el correr de los años y alterar la perspectiva del problema que el legislador ha de contemplar para buscarle solución con la mayor equidad posible, sin detrimento del propietario en provecho del inquilino, ni del inquilino en provecho del propietario.

Tienen de malo las leyes de emergencia su propensión a la injusticia, por la congelación de los alquileres durante años al mismo tiempo que por causas objetivas escapadas a la voluntad de los particulares, se desarticula el sistema monetario y se desvaloriza la moneda en términos tales que al vencimiento del plazo de duración del alquiler convenido no alcanza éste a cubrir el valor del arreglo de las goteras del edificio alquilado, como ha ocurrido en Francia, y ha desalentado de tal modo la inversión fija de capital aplicado a nuevas construcciones, que hoy sufre más que se beneficia la población flotante de inquilinos por la vetustez e incomodidad de las viviendas.

Tales son las razones por las cuales, tanto en Europa, como en nuestra América, ha tomado el Estado a su cargo la construcción de enormes edificios de Departamentos, destinados a brindar morada barata mediante un discreto alquiler a los beneficiarios de tales iniciativas, por lo regular, proletarios, obreros, y asalariados en general, de suerte que por tal sistema venga a asumir el Estado las funciones de una caja de seguros contra la adversidad de la fortuna que padecen las personas destituídas de bienes suficientes para construir su casa propia.

Esta manera de encarar el problema social de la vivienda hace recaer los gastos sobre todos los habitantes del país por muy oneroso que pueda ser, pues, la onerosidad es preferible a la odiosidad a que se prestan las leyes de emergencia, que nunca pueden satisfacer a una de las partes en conflicto sin sacrificar a la otra, de donde viene que en algunas naciones se organicen propietarios e inquilinos en agrupaciones que bregan, como si fuesen partidos políticos, en interminables disputas públicas sin resultado alguno.

TITULO XI

Del arrendamiento de cosas productivas.

Art. 1342. — Las disposiciones precedentes se aplican a la locación de cosas productivas, salvas las especiales de la presente Sección.

Ver: arts. 1718 del Anteproyecto de Bibiloni. Sin antecedente en el C. argentino y omitido en el Proyecto argentino de 1936. Mas nosotros consideramos necesario insertar aquí el presente artículo, por el que se autoriza la aplicación extensiva o analógica de los preceptos anteriores, salvo la de los preceptos especiales que siguen.
Ver: arts. 581 C. alemán 277 y 280 C. Federal suizo de las Obligaciones; 403 del C. de las Obligaciones de la Republica de Polonia.

Art. 1343. — Cuando el arrendamiento tiene por objeto el goce de una cosa productiva, mueble o inmueble, el arrendatario debe cuidar de su gestión de conformidad al destino económico de la cosa y al interés de la producción. A él le corresponden los frutos y las otras utilidades de la cosa.

Ver: art. 1615 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, salvo los arts. 1614 a 1626 del C. italiano de 1865, ya abrogado reguladores del arrendamiento de fundos rústicos, trasegados de los arts. 1765 a 1778 del C. francés, sin disciplina especial en el C. argentino, por mucho que Vélez Sarsfield estaba informado de lo preceptuado sobre esta materia en los arts. 2549 a 2553 del **Esboço** de T. de Freitas y los arts. 1978 a 1986 del C. de Chile, en los que había espigado gran parte del estatuto de la locación.
Poca o ninguna innovación fue en esta materia concebida por los compiladores del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, según puede verse en sus arts. 455 a 467, meros apógrafos de los preceptos ya mencionados de los códigos francés e italiano abrogado, no obstante que, tanto el C. Federal suizo (arts. 275 a 301), como el C. alemán (arts. 581 y 597) se les ofrecía, como fuente de inspiración, para definir, como figura contractual autónoma, el arrendamiento de una cosa productiva, mueble o inmueble, perfectamente individualizado por sus características singulares.
En efecto, lo que en el derecho tradicional, incluso en el C. alemán, requería ser inmueble para ser objeto del arrendamiento, rural o de explotación agrícola, fue, por obra de los compiladores del C. Federal suizo de las Obligaciones, generalizado en los términos de su art. 275, según el cual el objeto de dicho contrato puede ser todo "**bien o derecho productivo**", sea mueble o inmueble, por el que el locador confiere al locatario, no sólo un derecho limitado al uso y goce de la locación de cosas, sino también el **usus** y el **fructus**, como lo destaca Rossel en su **Manuel du Droit Federal des Obligations**, t. I, Nº 549, pág. 263.
Viene de aquí la nota **económica** predominante del arrendamiento de cosas productivas que el legislador italiano, le ha impreso por el art. 1615 del Código de 1942, al imponer al locatario la obligación de cuidar de la cosa locada, no precisamente con la **diligencia del buen padre de familia** del art. 1766 del C. francés; del 1615 del C. italiano ya abrogado; 1979 del C. chileno; 2037 del C. colombiano; 2041 del C. ecuatoriano; 2910 del C. nicaraguense; 1745 del C. hondureño sino con la "**diligencia requerida por el destino económico**" de ella, y **en el interés**, no subjetivo, sino **objetivo y social de la producción**, y con el derecho de hacer suyos los **frutos** y las otras **utilidades** de la cosa. (Messineo, opus cit. t. V, Nº 13, pág. 191; Di Blasi, opus cit. I **Singoli Contratti**, pág. 205; Giannattasio, **In Codice Civile, Libro delle Obbligazioni**, t. II, **Commentario** al cuidado de D'Amelio y Finzi, Nº 3, pág. 320; y **Relazione del Ministro Guardasigilli**, Nº 697, pág. 463).
Al uso y goce del arrendamiento o locación de cosas, se agrega en este contrato, la **actividad productiva** del locatario, para la obtención del destino económico de la cosa. No mucha distancia hay de aquí a la definición que del contrato de arrendamiento rural nos ofrece el art. 275 del C. Federal suizo de las Obligaciones, según el cual por tal contrato, el locador se obliga a entregar al arrendatario, mediante un alquiler, "**el uso de un bien o de un derecho productivo y a dejarle percibir sus frutos**", y así también, lo estatuye el art. 402 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
No hay por qué limitar la aplicación de los preceptos de la presente Sección al arrendamiento de los **predios rústicos**, destinados a una explotación agrícola, como por evidente influencia de los arts. 582 y ss., del C. alemán, esbozó Bibiloni los arts. 1718 a 1728 de su Anteproyecto, porque el objeto del contrato que nos ocupa puede ser una **cosa mueble o inmueble, esencialmente productiva ó fructífera**, y puede también no ser, aunque en la mayor parte de los casos lo sea, como un fundo rústico, máquinas, animales, patentes de invención, hacienda, etc., tal como lo han concebido los compiladores del C. italiano de 1942.

Art. 1344. — El arrendador está obligado a entregar la cosa con sus accesorios y sus pertenencias, en estado de servir para el uso y para la producción a que está destinada.

Ver: arts. 1617 C. italiano; 1719 C. francés; 1606 C. portugués; 1586 C. holandés; 1096 C. austriaco; 2662 C de Luisiana; 1554 C. español; 1978 C. chileno; 2036 C. colombiano; 2040 C. ecuatoriano; 1796 C. uruguayo; 1585 C. venezolano; 1511 C. peruano; 1189 C. brasilñeo; 1704 C. guatemalteco; 2414 C. mexicano; 2826 C. nicaraguense; 1690 C. hondureño; 1156 C. costarricense; 1138 C boliviano; 536 C. alemán; 254 C. Federal suizo de las Obligaciones; 421 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 402 y 403 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 423 del C. Civil de la República de China; 2324 del **Esboço** de T. de Freitas.

Art. 1345. — El arrendador está obligado a ejecutar a su costa, durante

el arrendamiento, las reparaciones extraordinarias. Las otras, o sean las reparaciones de uso, especialmente en los edificios de habitación o explotación, caminos, fosos, cercos, diques, setos vivos, techado, acueductos, etc., son de cargo del arrendatario.

Ver: Arts. 1621 C. itoliano; 1720 C. francés; 2663 C. de Luisiana; 1554 inc. 2º C. español; 582 C. alemán; 284 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1798 C. uruguayo; 1586 C. venezolano; 1707 inc. 5º C. guatemalteco; 1927 C. chileno; 1985 C. colombiano; 1988 C. ecuatoriano; 2837 C. nicaraguense; 1693 C. hondureño; 2412 inc. II C. mexicano; 1513 inc. 3º C. peruano; 1130 C. costarricense; 422 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 373 parág. 1º y 408 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 423 y 429 del C. Civil de la República de China; 1721 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1063 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1346. — Si la ejecución de las reparaciones que son a cargo del arrendador determinan para el arrendatario pérdidas superiores a la quinta parte de la renta anual, o en el caso de arrendamiento no superior a un año, a la quinta parte de la renta conjunta, el arrendatario podrá pedir una reducción de arrendamiento en razón de la disminución de la renta o bien, según las circunstancias, la resolución del contrato.

Ver: arts. 1622 C. italiano. Sin antecedentes en la legislación anterior.
Se estima que en el arrendamiento que tiene por objeto el goce de una cosa productiva, el derecho a la disminución del alquiler se mide en relación a la pérdida de la renta. La necesidad de reparación debe ser posterior al contrato; relativa a la cosa arrendada y presentar el carácter de urgencia. El arrendatario tiene un derecho de opción entre la reducción del alquiler o la resolución del contrato. El juez deberá considerar las circunstancias y antes de hacer lugar a la resolución del contrato, deberá tener presente la importancia de la pérdida sufrida por el que la demanda.

Art. 1347. — El arrendador puede pedir la resolución del contrato, si el arrendatario no destina al servicio de la cosa los medios necesarios para la gestión de ella; si no observa las reglas de la buena técnica, o bien, si sin su consentimiento, efectúa cambios capaces de ejercer influencia sobre la explotación después de concluído el contrato.

Ver: arts. 1618 C. italiano; 1766 y 1768 C. francés; 294 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1625 C. holandés; 1812 C. uruguayo; 1593 C. venezolano; 1938 C. chileno; 2037 C. colombiano; 2041 C. ecuatoriano; 1193 parág. 1º C. brasileño; 2411 del Esboço de T. de Freitas; 2425 inc. III) C. mexicano; 1137 C. costarricense; 1529 inc. 3º C. peruano; 456 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 583 C. alemán; 409 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1719 y 1726 del Anteproyecto de Bibiloni; 1060 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1348. — El arrendador podrá verificar en todo tiempo, aun mediante acceso al lugar, si el locatario observa las obligaciones que le incumben y las reglas de una administración y cultivo que no causen perjuicio al fundo.

Se juzgará que el arrendatario incurre en el goce abusivo de un predio productivo si arranca, sin que lo requiera el fin económico de la explotación, los árboles destinados a hacer sombra, o si hace cortes de montes que sirven de abrigo al ganado, salvo que lo hiciera para sacar madera necesaria para los trabajos de cultivo, o mejora del predio, o a fin de proveerse de leña o carbón para el gasto de su casa.

Sobre el parág. 1º, ver art. 1619 del C. italiano; y sobre el parágrafo 2º, ver art. 1560 C. argentino; 2550 Nº 2, del Esboço de T. de Freitas; 1980 C. chileno; 2038 C. colombiano; 2042 C. ecuatoriano; 1814 C. uruguayo; 1593 C. venezolano; 1138 C. costarricense; 1529 inc. 3º C. peruano; 2910 C. nicaraguense; 1745 y 1746 C. hondureño; 1720 y 1723 del Anteproyecto de Bibiloni; 1061 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1349. — El arrendatario no puede subarrendar la cosa productiva sin el consentimiento del arrendador.

La facultad de ceder el arrendamiento comprende la de subarrendar; mas la facultad de subarrendar no comprende la de ceder el arrendamiento.

Ver: arts. 1624 C. italiano. Contrariamente a lo dispuesto por nuestro art. 1325 respecto de la locación en general, tratándose de la cosa productiva, queda prohibido al arrendatario subarrendarla sin el consentimiento del locador. La razón que se da de esta norma es que el interés del locador no se agota sólo en el pago del alquiler, sino en la marcha del arriendo y en la conducta del arrendatario, obligado, como está, a cuidar de su gestión, como lo dispone nuestro art. 1343.

Art. 1350. — Si se ha convenido que el arrendamiento pueda resol-

verse en caso de enajenación de la cosa locada, el locador que quiera despedir al locatario, debe darle el preaviso estipulado.

Si el arrendamiento tiene por objeto un fundo rústico, el aviso de despido debe darse con anticipación de seis meses y tendrá efecto al final del año agrario en curso al vencimiento del término del preaviso.

Ver: art. 1625 C. italiano.

Art. 1351. — El arrendamiento de cosas productivas se resuelve por la interdicción, o la insolvencia del arrendatario, salvo que al arrendador se le haya prestado garantía a su satisfacción para el exacto cumplimiento de las obligaciones del arrendatario.

Ver: art. 1626 C. italiano. Comprometido en el arrendamiento de cosas productivas el interés social de la producción de la cosa arrendada, se comprenderá que ni el interdicto por enajenación mental, ni el concursado o fallido, a quienes se presume insolventes, puedan ofrecer por sí mismos una garantía del regular cumplimiento del contrato.

Art. 1352. — En caso de fallecimiento del arrendatario, los herederos de éste y el arrendador, pueden, dentro de los tres meses computados desde la muerte de aquél, separarse del contrato mediante aviso de despido comunicado a la otra parte con preaviso de seis meses.

Si el arrendamiento tiene por objeto un fundo rústico, el despido tendrá efecto al final del año agrícola en curso al vencimiento del término del preaviso.

Ver: art. 1627 C. italiano.

TITULO XII

Del arrendamiento de fundos rústicos productivos

Art. 1353. — El arrendamiento por tiempo indeterminado de un fundo rústico sujeto a rotación de cultivos se considera estipulado por el tiempo necesario para que el arrendatario pueda desarrollar y llevar a cumplimiento el ciclo normal de alternación de los cultivos practicados en el fundo.

Si el fundo no está sujeto a alternación de cultivos, el arrendamiento se considera hecho por el tiempo necesario para la recolección de los frutos.

El arrendamiento no cesa si antes del vencimiento una de las partes no ha dado aviso de desalojo con preaviso de seis meses.

Ver: art. 1630 C italiano. El principio inspirador del presente artículo es el de dar tiempo al arrendatario de un fundo rústico productivo a recoger todos los frutos del fundo arrendado, y si se trata de tierras sujetas a un sistema de cultura rotativa, de permitirle cosechar los frutos esperados dentro del ciclo normal de los cultivos en el fundo.

Art. 1354. — En cuanto al arrendamiento por medida, o bien por cuerpo cierto con indicación del área, en el caso de exceso o de defecto de la extensión superficial del fundo en relación al área indicada, los derechos y las obligaciones de las partes sobre un aumento o disminución del alquiler, se determinará según los arts. 1110 a 1114.

Ver: arts. 1631 C. italiano; 1765 C. francés; 1624 C. holandés; 1724 del Anteproyecto de Bibiloni. Así como en la venta, en el arrendamiento, mal puede imponerse al arrendatario una extensión mayor que la que él ha tenido en vista al contratar. (Guillouard, opus cit. t. II, Nº 536, pág. 83; Aubry y Rau, opus cit. t. V, parág. 371, texto y nota 1, pág. 368, 5ª edición y autoridades allí citadas).

Art. 1355. — Si durante el arrendamiento convenido por cinco o más años, la mitad al menos de los frutos de un año no separados todavía

perece por caso fortuito, podrá el arrendatario pedir una reducción del canon del arrendamiento, salvo que la pérdida encuentre compensación en cosechas anteriores.

Cuando la pérdida no encuentra compensación en anteriores cosechas, la reducción se determinará al final del arrendamiento, practicado el balance con los frutos recogidos en todos los años transcurridos.

El Juez podrá dispensar provisionalmente al arrendatario del pago de una parte del arrendamiento en proporción a la pérdida sufrida.

La reducción no podrá nunca exceder de la mitad del canon del arrendamiento.

En todo caso se deben tener en cuenta las indemnizaciones que el arrendatario haya conseguido o puede conseguir en relación a la pérdida sufrida.

Al perecimiento se equipara la falta de producción de los frutos.

Ver: arts. 1635 C. italiano. La reducción del alquiler no puede exceder de la mitad del monto estipulado, porque el locador debe siempre pagar las cargas que gravan el fundo locado.

Art. 1356. — Si el arrendamiento tiene la duración de un solo año, y ha tenido lugar la pérdida por caso fortuito de la mitad al menos de los frutos, podrá el arrendatario ser exonerado del pago de una parte del alquiler, en medida no superior a la mitad.

Ver: art. 1636 C. italiano. La razón de este precepto es la misma que la del artículo precedente.

Art. 1357. — Los aperos y enseres que constituyen la dotación del fundo, entregados al arrendatario en ejecución del contrato, con determinación de la especie, calidad y cantidad, y aunque hayan sido estimados, deben ser restituídos al arrendador al final del arrendamiento, en la misma especie, calidad y cantidad y, si se trata de enseres fijos, como maquinarias y herramientas, en el mismo estado de uso.

El exceso o defecto se debe regular en dinero, según el valor corriente al tiempo de la devolución. La dotación necesaria no puede ser distraída y debe mantenerse según las exigencias del cultivo y las prácticas del lugar.

La disposición del apartado anterior se aplicará igualmente si, al comienzo del arrendamiento, el arrendatario depositó la suma representativa del valor de los enseres, en poder del arrendador, salvo obligación de éste de restituirla al tiempo de la devolución de los enseres.

Si los aperos y enseres han sido entregados con la sola indicación de su valor, quedarán de propiedad del arrendatario, con la obligación de restituir al final del arrendamiento el valor recibido o enseres en especie por un valor correspondiente, determinado según el precio corriente, al tiempo de la devolución, o bien parte del uno y parte del otro.

Art. 1640 C. italiano; 276 C. Federal suizo de las Obligaciones; 586 C. alemán; 1722 del Anteproyecto de Bibiloni; 1064 del Proyecto argentino de 1936.

Ubica la doctrina el contrato de arrendamiento de fundos rústicos productivos por el que, en ocasiones, el locador entrega al locatario, los aperos y enseres que constituyen la dotación del fundo, entre los contratos **irregulares**, caracterizados por la entrega de cosas determinadas **sin traslación del dominio** que deben ser restituídas en su identidad (**idem corpus**) a su dueño al cabo del arrendamiento. Tal hipótesis es la contemplada en los dos primeros parágrafos de nuestro artículo, sea que las cosas entregadas sean enseres no fijos, como ganado, por ejemplo, o fijos como maquinarias y herramientas. Los primeros deben ser restituídos en la misma especie, calidad y cantidad, y los segundos en el mismo estado de uso.

Si los aperos y enseres han sido entregados con la sola indicación de su valor, el arrendatario adquiere su dominio, con todas las consecuencias que de su tradición derivan para el dueño por la pérdida fortuita de la cosa. En este caso el locatario debe restituir la cosa en especie o por un valor correspondiente, determinado según el valor corriente al tiempo de la devolución, o bien parte en especie y parte en su equivalente (**tandudem**) o en su valor pecuniario (**aestimatio rei**). La estimación del valor de la cosa da lugar a la transferencia del dominio y se la llama **aestimatio venditionis causa**, con el efecto de que también se le transfiere al locatario los riesgos de la cosa.

Mas la estimación podría no ser traslativa del dominio, si así lo convienen las partes, sino solo hecha para facilitar el cálculo del daño que debe resarcirse o el monto de la obligación de restitución (**aestimatio taxationis causa**) (ver: Messineo, t. IV, parág. 135, 7, pág. 379).

Art. 1358. — Cuando el ganado de trabajo o de cría que constituye la dotación del fundo, entregado por el arrendador al arrendatario, ha sido

determinado con indicación de su especie, número, sexo, calidad, edad y peso, aunque se haya hecho estimación de su valor, no se transfiere en propiedad al arrendatario. Este, empero, podrá disponer de las cabezas que necesite para el consumo del fundo, pero con la obligación de mantener en él la dotación necesaria, substituyendo las que falten de las mismas calidades y edades

Ver art. 1642 C. italiano. Messineo equipara el derecho del arrendatario de un fundo productivo con animales anexos al del usufructuario (ver t. III, parág. 90, Nº 8, b), pág. 474). Y Segovia dice a propósito del art 2902 del C. argentino que el locatario de animales anexos a un predio es una especie de usufructuario, y siendo siempre oneroso su título, no debió de hacérsele de peor condición que el usufructuario. (Ver autor y opus cit. t. II, nota 206, pág. 238). La verdad es que facultándose al usufructuario a consumir la cosa fructuaria, se trataría de un cuasi-usufructo, según las categorías del art. 2808 del C. argentino. Y disponiéndose por el art. 2902 del C. argentino que: **"Si el usufructo consiste en ganado, el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren, los animales que mueren ordinariamente, o que falten por cualquier causa"**, que no sea por su culpa, se entiende. Mas la facultad de consumir el ganado anexo conferida por nuestro artículo al arrendatario, con obligación de substituir las que falten, es sin duda, punto menos que derogatoria del derecho común, pues, tratándose de la locación de un predio rústico, con animales de trabajo o de cría en el que no se convino el modo de restituirlos, estatuye el art. 1617 del C. argentino que: **"pertenecerán al locatario todas las crías, con obligación de restituir otras tantas cabezas de la misma calidad y edades"**.
Nuestro art. 1358, en cambio, faculta al arrendatario a quien el ganado anexo al fundo no se le ha transferido en propiedad, a disponer de las cabezas que necesite para el consumo del fundo, pero con la obligación de mantener en él la dotación necesaria, substituyendo las que falten, de las mismas calidades y edades.

Art. 1359. — El riesgo de la pérdida de ganado es a cargo del arrendatario desde el momento en que él lo recibe, si no se ha pactado otra cosa.

Ver: art. 1643 C. italiano; 593 C. alemán; 1557 C. argentino; 1749 C. hondureño. El presente artículo es una derogación a la regla res peri domino, salvo pacto en contrario. El arrendatario no podría excusar su responsabilidad con el argumento de que el ganado habría igualmente perecido si hubiese estado en poder del arrendador.

Art. 1360. — El arrendatario hace suyos la cría y los otros frutos del ganado, el aumento y cualquier otro producto que de él derive.
Sin embargo, el estiercol debe ser empleado exclusivamente en el abono de las tierras del fundo.

Ver: art. 1644 C. italiano; 1722 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1064 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1984 C. chileno; 2042 C. colombiano; 2046 C. ecuatoriano; 1828 C. uruguayo; 1622 C. venezolano; 1750 C. hondureño; 1158 C. costarricense. Es de derecho uniforme en estos Códigos el principio según el cual el arrendamiento de un fundo productivo con ganado anexo es a riesgo del arrendatario, porque siendo la cría fruto natural del ganado, accesorio del fundo, es un bien que el arrendatario hace suyo sea para reponer los animales que falten, o para su consumo. Esta regla sufre derogación respecto del estiercol que debe ser exclusivamente empleado en el abono de las tierras del fundo.

Art. 1361. — En el caso previsto por el art. 1358, el arrendatario debe, al término del contrato, restituir ganado correspondiente por especie, número, sexo, calidad, edad y peso al recibido. Si hay diferencias de calidad o de cantidad contenidas dentro de los límites en que ellas puedan ser admitidas teniendo en consideración las necesidades del cultivo del fundo, debe el arrendatario restituir ganado de igual valor. Si hay excedente o déficit en el valor del ganado, se lo cifrará en dinero, según su valor al tiempo de su devolución.
La disposición del apartado anterior se aplicará igualmente si, al celebrarse el contrato, el arrendatario depositó en poder del arrendador la suma representativa del valor del ganado.
Se aplicará también el apartado tercero del art. 1.357.

Ver: art. 1645 C. italiano.

Art. 1362. — El arrendatario saliente debe poner a disposición de quien lo substituye en el cultivo los locales convenientes y las demás cosas necesarias para los trabajos del año siguiente. El nuevo arrendatario debe dejar al anterior los locales convenientes y las otras comodidades necesarias para el cultivo de los forrajes y para las recolecciones que falten por hacer.

Ver: arts. 1646 C. italiano; 1777 C. francés; 1628 C. venezolano; 2456 a 2458 C. mexicano; 1159 y1160 C. costarricense; 2920 y 2921 C. nicaraguense.

TITULO XIII

DEL ARRENDAMIENTO DE COSA PRODUCTIVA

POR CULTIVADOR DIRECTO

Art. 1363. — Cuando el arrendamiento de cosa productiva tiene por objeto un fundo que el arrendatario toma para cultivarlo exclusivamente con su trabajo propio o el de las personas de su familia, se aplicarán las normas que siguen siempre que la extensión superficial del fundo no exceda de diez hectáras.

Ver: art. 1547 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
Aun cuando en el Paraguay, por la abundancia de tierra ociosa no es corriente que los agricultores de escasos recursos arrienden pequeños fundos para cultivarlos personalmente, trasegamos el presente artículo y los que le siguen en esta Sección, de los artículos 1647 a 1654 del C. italiano, en contemplación de las necesidades económicas del futuro agrícola de nuestro país, pues, los códigos no se compilan para un día ni para dos, sino para el porvenir preñado de sorpresas.
Los doctrinadores italianos llaman a esta nueva figura de su Derecho civil "pequeño arrendamiento". Mas los compiladores del Código prefirieron denominarlo "arrendamiento de cosa productiva por cultivador directo", con el objeto de poner de relieve sus características esenciales y justificar así su disciplina como contrato autónomo, siquiera desde un punto de vista abstracto, corresponda él a un mismo esquema, sea que el arrendatario emprenda el cultivo con sus propias manos o con mano de obra asalariada. La ciencia económica, sin embargo, ha establecido una substancial diferencia entre el arrendamiento a cultivador directo, contratado por el agricultor para procurarse el substento diario propio y el de su familia, y el estipulado por un hombre de empresa para explotar y especular con la producción.
El cultivo directo de un fundo rústico no consiste sólo en arar la tierra, sembrarla, escamondar o podar los árboles, cosechar los frutos, sino también en acudir directamente al cuidado del ganado necesario para la mejor utilización del fundo con todas las tareas anexas o conexas a su ejecución. Si el arrendatario no recurre a la mano de obra propia y a la de los miembros de su familia, sino a la de terceros, el cultivo no será directo.

Art. 1364. — Si por un caso fortuito ordinario, cuyas consecuencias ha tomado el arrendatario a su cargo, ocurre la pérdida de al menos la mitad de los frutos del fundo, podrá el juez, tomando en consideración las condiciones económicas del arrendatario, disponer el pago por cuotas del canon del arrendamiento.

Ver: art. 1648 C. italiano. El arrendatario, pequeño o no, puede por pacto expreso tomar a su cargo los riesgos del caso fortuito ordinario, como el granizo, el rayo, la helada o sean las vicisitudes meteorológicas comunes. El art. 1637 del C. italiano reputa nulo el pacto por el cual el arrendatario toma a su cargo los casos fortuitos extraordinario, como la pérdida forutita por inundación, guerra, porque de admitirse estipulación semejante, el arrendamiento de cosa productiva, que es un contrato conmutativo, se desnaturalizaría y transformaría en contrato aleatorio. Esta norma, también consagrada por los arts. 1772 y 1773 del Código francés, y los arts. 461 y 462 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos, se halla omitida en el presente código, porque a nuestro juicio, el principio que la inspira no es de derecho común.

Art. 1365. — Si el arrendador consiente el subarriendo, será éste considerado como arrendamiento distinto entre él y el nuevo arrendatario.

Ver: art. 1649 C. italiano. El presente artículo, derogación de lo dispuesto por el art. 1326 del presente Código, mira a eliminar cualquier intermediario enrte el locador y el locatario. En consecuencia, a la relación originaria se substituye ope legis la relación nueva, con extinción de la procedente. Trátase de una disposición particular al contrato de locación de fundo rústico a cultivador directo.

Art. 1366. — En caso de muerte del arrendatario, y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1352, puede el arrendador sustituirse inmediatamente a los herederos en la explotación del fundo, con derecho a tomar de la cosecha los gastos erogados.

Ver: art. 1650 C. italiano. Mira este precepto a evitar que por muerte del arrendatario se paralicen los trabajos agrícolas en perjuicio del arrendador y de la familia del difunto, si sus herederos no deciden apartarse del contrato de conformidad con lo estatuido por el art. 1352.

Art. 1367. — Si el arrendatario, sin autorización del arrendador, ha hecho mejoras de utilidad duradera para el fundo y su producción, podrá el juez asignarle una indemnización, salvo que las mejoras sean el resultado del ordenado y racional cultivo.

La determinación de la indemnización se hará equitativamente por el juez en consideración al beneficio que puede recibir el arrendatario por el incremento de la renta derivada de las mejoras.

La existencia de las mejoras debe ser verificada al final de cada año agrario en el cual se hayan realizado, y la indemnización debe ser abonada inmediatamente.

En todo caso, la indemnización por las mejoras de cada año no podrá ser superior a la cuarta parte del arrendamiento anual.

Ver: art. 1651 C. italiano. Contrariamente a lo dispuesto por el art. 1310 del presente Código es permitido al locatario de un fundo productivo a cultivador directo que sin autorización del locador pueda hacer mejoras, en consideración a la naturaleza más modesta de la relación. Por la misma razón se estatuye que la existencia de las mejoras debe ser verificada al final de cada año agrario en el cual se haya realizado, por oposición a lo que se preceptúa respecto de las otras mejoras que deben ser liquidadas al final del arrendamiento, cuando han sido autorizadas por el locador.

Art. 1368. — Cuando el arrendatario no pueda proveer de otra manera, estará el arrendador obligado a anticiparle las materias fertilizantes y antiparasitarias necesarias para el cultivo del fundo.

El crédito que por este concepto resulte a favor del arrendador devengará el interés legal.

Ver: art. 1652 C. italiano. Se inspira este precepto en la necesidad de evitar que por falta de recursos del locatario abandone éste los cultivos del fundo.

Art. 1369. — Cuando, por falta de recursos del arrendatario, se comprueben en el cultivo deficiencias tales que puedan comprometer la cosecha, el arrendador, después de haber dado preaviso de ello al arrendatario, podrá substituirse a él en la ejecución de los trabajos necesarios y urgentes, salvo el derecho de tomar de la cosecha los gastos erogados, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1347.

Ver: art. 1353 C. italiano. Esta disposición por la que se contempla la hipótesis de la falta de recursos del locatario, impide al locador que fuera de ella, como por ejemplo, si por negligencia no cumple el locatario sus obligaciones contractuales, pueda pedir la resolución del contrato, como lo dispone el art. 1347.

Art. 1370. — Las disposiciones que anteceden son inderogables por convención de los particulares.

Ver: art. 1654 C. italiano.

TITULO XIV

DE LA APARCERIA

Art. 1371. — Tendrá lugar la aparcería cuando el canon del arrendamiento de un fundo a cultivador directo consiste en una cuota o bien en una cantidad fija o variable de los frutos del fundo arrendado, y el contrato será regido por las reglas de la locación en general, con las limitaciones siguientes:

1.—No podrá cederse;

2.—Ni subarrendarse.

Ver: arts. 1639 2141, 2149 C. italiano; 1763 C. francés; 1579 C. español; 1163 C. boliviano; art. 26 y siguientes de la argentina nº 13.246; 1729 del Anteproyecto de Bibiloni; 1069 del Proyecto argentino de 1936.
Cosa vieja es el contrato de aparcería al que los romanos llamaban **colonato parciario**, de remotísimo origen (ver Cuq, **Institution Juridiques des Romains**, t. II pág. 790; Maynz, **Cours de Droit Romain**, t. II, parág. 216, texto y nota 5, pág. 238; Arangio-Ruiz, Instituciones, pág. 71 y ss;). La parte del colono o arrendatario variaba según la extensión de la tierra entre una novena o una quinta parte de los frutos. (Caton, de re rustica, 136 y 137).
La aparcería es incesible y no sucaptible de sublocación porque el arrendador la estipula electa est industria del locatario, como lo explicó Galli en su **Rapport au Coros legislatif**. Para dar aquél sus tierras en colonato ha debido elegir por su capacidad al colono, y no a otra persona. El art. 1764 del C. francés sanciona la

violación de la prohibición de ceder y de sublocar con la facultad al locador por los daños y perjuicios resultantes de la inejecución del contrato. (ver: Guillouard, opus cit. t. II, nº 626, pág. 162). Por Derecho romano, si el locatario sublocaba su granja a otra persona, los bienes del sublocatario no quedaban obligados al propietario; pero los frutos quedan gravados de prenda a su favor, como si fuesen percibidos por el locatario principal. **Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino no obligantur: sed fructus in causa pignoris manet, quemadmodum esset, si primus colonus eos percepisset.** (D. Libro XIX, Tít. II, Ley 23, parág. 1º).

Di Blasi entiende que en la aparcería (mezzadria, en italiano) hay una asociación agrícola (ver autor y opus cits. **Parte Speciale**, pág. 224). De Ruggiero estima que en la aparcería se dan prestaciones de capital y de trabajo **asociadas** para la consecución del fin común de la mejor utilización del predio (ver autor cit. Instituciones de Derecho Civil, t. II, volumen 1º pág. 378, versión castellana de Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro).

Aun siendo exacto este punto de vista, la verdad es que la aparcería no se rige por el contrato de sociedad, sino por su ley propia, pues, si fuese sociedad, no sería admisible que en caso de muerte del arrendatario pueda el arrendador substituir inmediatamente a sus herederos en la explotación del fundo, con derecho a tomar de la cosecha los gastos que hubiere hecho.

La aparcería no excluye el derecho del locador a demandar el desalojo del arrendatario por incumplimiento del contrato.

Art. 1372. — Salvo pacto expreso en contrario, el colono contribuirá con su trabajo personal y el de los miembros hábiles de su familia, si los hubiere, y con el ganado necesario para el cultivo y abono del fundo; con los instrumentos rurales; los gastos ordinarios precisos para el cultivo y la recolección; las plantaciones ordinarias; la limpieza de las zanjas, la manutención de los caminos, y los acarreos. El arrendador suministrará, además del fundo, las plantas, semillas e insecticidas para combatir las plagas parasitarias de los cultivos, y correrá con los gastos de la cosecha cuando se empleen medios que no están en el fundo, ni a la disposición ordinaria y regular del locatario.

Ver: arts. 1665, 1657, 1658 y 1659 del C. italiano de 1865; y 2147 del Código de 1942; 479 del Proyecto ítalo-francés del C de las Obligaciones y los Contratos; 1731 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1373. — El arrendatario o colono está obligado a dar con la debida anticipación al locador aviso de la fecha en que iniciará los trabajos de la cosecha que han de partirse.

Será nulo todo pacto por el cual se estipule que la parte del colono en la distribución de los frutos será menor del 50%, deducidos los gastos comunes.

Ver: arts. 476 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1660 C. italiano de 1865; 2153 del C. italiano de 1942; 1730 del Anteproyecto de Bibiloni; 1069 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1374. — Salvo convención en contrario, debe el locador poner gratuitamente en el fundo para alojamiento del arrendatario y su familia, una casa suficientemente espaciosa, dotada de instalaciones higiénicas dentro de la propia morada.

Ver: arts. 477 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1732 del Anteproyecto de Bibiloni; 1070 inc 1º del Proyecto argentino de 1936; 10 inc. a) de la Ley argentina nº 13.246.

Art. 1375. — La liquidación de las cuentas entre el locador y el locatario se efectúa al fin de cada año agrícola.

Ver: arts. 1733 del Anteproyecto de Bibiloni y 1071 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1376. — El contrato de aparcería se resuelve por la muerte del arrendatario al terminar el año agrícola en curso; pero si su muerte tuviere lugar dentro de los últimos cuatro meses, podrán sus hijos y demás herederos que con él vivían, continuar por otro año más la explotación del fundo.

Ver: art. 1653 del C. italiano de 1865; 2158 parág. 2º C. italiano de 1942; 27 de la Ley argentina nº 13.246; 480 del Proyecto ítalo-francés del C de las Obligaciones y los contratos; 1735 del Anteproyecto de Bibiloni; 1072 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1377. — Si sobreviniere al arrendatario enfermedad crónica incurable que le imposibilite cultivar el predio y no haya miembro de su familia que habite con él que pueda reemplazarle, podrá el locador pedir la resolución del contrato.

Ver: arts. 1652 C. italiano de 1865; 1734 del Anteproyecto de Bibiloni; 1072 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 482 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1378. — El contrato de aparcería no termina por muerte del arrendador, o por enajenación del predio si la transferencia fuese inscripta en el Registro de la Propiedad dentro de los quince días siguientes a su celebración.

Ver: arts. 27 parág. 2º de la Ley argentina nº 13.246; 2158 C. italiano de 1942.

Art. 1379. — Si el locatario hiciere abandono injustificado de la explotación, o faltare a su obligación de entregar al locador la parte proporcional de los frutos que le corresponden según el contrato, podrá éste exigir en juicio sumario la entrega de los frutos que faltaren y el desalojo del predio.

Ver: art. 25 parág. 2º de la Ley argentina nº 13.246; 215 y C. italiano de 1942.

Art. 1380. — En los contratos de aparcería no podrán las partes fundar derecho en los usos y las costumbres locales.

Sin antecedentes legislativos en los otros códigos, pues, si los usos y las costumbres tienen valor jurídico en las naciones europeas, no deben tenerlo entre nosotros, antes que por el largo decurso del tiempo se consoliden los usos y costumbres rurales con tal firmeza, consistencia y estabilidad que permita remitirse a ellos en la decisión de las controversias a que den lugar los contratos de aparcería.

TITULO XV

DEL CONTRATO DE SERVICIOS

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art. 1381. — El contrato de servicios es la convención por la cual una persona promete a otra su trabajo propio, lícito, corporal o mental, por un tiempo determinado o indeterminado, y ésta se obliga a pagarle la remuneración convenida.

Habrá igualmente contrato de servicios cuando el que promete prestarlos es retribuído según la labor entregada, y no por hora o por día, sea fijo o indeterminado el tiempo por el cual se obligue a desempeñarse.

Las reglas del presente Título se aplican por analogía al contrato de aprendizaje.

Ver: arts. 319 del C. federal suizo de las obligaciones; 611 C. alemán; 507 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 441 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 482 del C. Civil de la República de China; 1216 C. brasileño; 1151 y 1163 C. austríaco; 1544 C. español; 1655 C. italiano de 1942; 1831 C. uruguayo; 1630 C. venezolano; 1130 C. boliviano; 1547 C. peruano; 2606 C. mexicano; 1754 C. guatemalteco; 1787 y 1796 C. chileno; 2045 y 2053 C. colombiano; 2049 C. ecuatoriano; 2994, 3022 y 3034 C. nicaragüense; 1753 y 1762 C. hondureño; 1183 C. costarricense; 1623 C. argentino; 2692 del Esboço de T. de Freitas; 1736 del Anteproyecto de Bibiloni; 1073 del Proyecto argentino de 1936.
Substituye el presente Título al Capítulo VIII del Tít. VI del Libro, Sección III del C. argentino, que trata de la locación de servicios, la locatio operarum del Derecho romano, designación abandonada en el Derecho moderno y repudiada por los compiladores del C. alemán, porque, según la concepción tradicional, dicho contrato supone la dominación de una de las partes (el patrón o locador o empleador) sobre la otra (doméstico, como se le llama por los arts. 2605 del C. mexicano; 2994 del C. nicaragüense; o criado doméstico, como se le nombra por los arts. 1937 del C. chileno; 2045 del C. colombiano; 1835 y 1837 del C. uruguayo), y, además, porque llamándose salario a la retribución prometida al obligado al servicio manual o corporal y honorario a la del médico u abogado, cuyos servicios son intelectuales, consagra distinciones sociales en una legislación en que todos son iguales ante la ley.
Siguiendo, pues, inspiraciones del C. alemán no se emplea en el presente Código vocablos como salarios y honorarios, sino remuneración, conforme con la concepción democrática e igualitaria del Derecho. Bien dice

Bibiloni, por referencia al Código Civil, que "No hay clases en ella que estén fuera de sus reglas y principios en materia de relaciones jurídicas" (ver opus cit. II, pág. 371, edición Kraft).
Cuanto a la designación de está figura contractual, difieren los códigos alemán y suizo. En efecto, mientras en el primero se le llama "Contrato de servicios", en el segundo se le apellida "Contrato de Trabajo", a imitación del cual se le nombra del mismo modo por el Código Italiano de 1942 (arts. 2083 y 2099), y por el Anteproyecto de Bibiloni (art. 1736 y ss.) y el Proyecto argentino de 1936 (arts. 1073).
Mas como quiera que tratándose de las relaciones jurídicas nacidas de la prestación de servicios ha sido menester establecer entre ellas diferencias substanciales, según que por el interés de los contratantes deban unas ser disciplinadas en el ámbito exclusivo del Derecho privado, como son las nacidas entre personas singulares (pequeños empresarios, cultivadores directos de un fundo, pequeños comerciantes, y aquellos que ejercen una actividad profesional con su trabajo propio), y las que por el contrario deben ser sistematizadas en el campo del Derecho público, como son las nacidas entre el empresario y sus obreros sindicados, dos sistemas legislativos se han estructurado con mira a su regulación: 1º el alemán, que por los arts. 611 a 630, reserva al Código Civil la disciplina de la prestación de servicios como contrato netamente civil, cuidadosamente separada de las leyes especiales como asuntos de derecho público, sistema hoy seguido por el Anteproyecto de Bibiloni; el proyecto argentino de 1936 y el presente Código; y 2º el inglés, el francés, el italiano, el holandés, el español, y el belga, que han concentrado la legislación del trabajo en un Código autónomo, al cual no son extrañas las normas directas sobre la relación de trabajo, como lo son en el C. italiano de 1942, sus arts. 2094 y siguientes y los contratos colectivos estipulados por las asociaciones profesionales (art. 2067), y las normas de Derecho público, como son las que miran a la más eficaz protección personal del trabajador y su mayor rendimiento en interés de la empresa y del general de la producción y del intercambio; a la institución de los seguros sociales con fines de previsión; y a la organización sindical, como las que disciplinan la conciliación y el arbitraje; la magistratura del trabajo; la inspección del trabajo; etc., etc., (Barassi, Tratado de Derecho del Trabajo t. I, pág. 26, versión castellana de Sussini).
Para comprender mejor esta dicotomía de la legislación del trabajo, conviene saber que las relaciones jurídicas nacidas de la prestación de servicios contra una retribución en dinero, no deben reputarse de derecho privado porque sus sujetos sean individuos uti singuli, sino porque el interés que los mueve a contratar es privado, como en el caso contrario de ser público su interés, dichas relaciones franquean los límites del Derecho civil y pasan a ocupar su sitio en la zona del Derecho público. No es fácil fijar límites netamente demarcatorios de ambas esferas del Derecho, recíprocamente invadidas por principios oriundos de cada uno de ellas, como si entre ambas se comunicasen ellos como impulsados por ósmosis y endosmosis. Bien dice Barasi que "lo que hay de cierto es que la relación de trabajo no se agota hoy, como en el nuevo concepto romanístico,, en una recíproca relación obligatoria de debe y de haber porque —y esto es la pura verdad— los intereses no patrimoniales del trabajo: protección espiritual, ética y fisiológica, hacen del derecho del trabajo una zona propia dentro del territorio de las obligaciones, de tal modo que no se hace fácil la tarea del jurista que pretendiese, por ejemplo, extender por analogía y a ojos cerrados, las normas de la locación de cosas" (autor y opus cits. t. I, pág. 42).
Explícase así que hacia 1910, época en que a Huber y Rossel les fue dado elaborar el proyecto del Código Federal de las Obligaciones, que habría de entrar en vigor desde el 1º de enero de 1912, no fuese posible a tan eminentes juristas señalar netamente, en relación al contrato por ellos llamado de trabajo, los confines separativos del Derecho público y privado, y que a causa de tal incertidumbre incluyesen en el Título X de dicho Código la definición del contrato (art. 319); sus diferentes formas y en particular su reglamentación por el empleador (art. 321); la disciplina del contrato colectivo de trabajo (arts. 322 y 323); del contrato tipo para diversas especies de contrato de trabajo (art. 324) y el contrato de aprendizaje (art. 325). Los art 326 y siguientes regulan los efectos del contrato de trabajo; los arts. 327 a 329 las obligaciones del empleado; los arts. 330 a 343 las del empleador; el art. 344 el derecho del empleado a su alojamiento y cuidado en la casa de empleador; los arts. 345 a 355 de la prohibición de hacer concurrencia; el 361 trata de las profesiones liberales y el 362 contiene una reserva en favor del Derecho público.
Aun siendo el C. Federal suizo de las Obligaciones posterior al Código del Imperio alemán, escasas son sus tangencias, de suerte que por esta razón podría ser que Huber y Rossel creyesen que al subsumir la disciplina del contrato de trabajo en aguas del Derecho público, ratizaban un progreso en la esfera del Derecho privado
Distinta es la concepción de las comisiones franco-italianas que compilaron el Proyecto italo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos, caracterizada por su espíritu eminentemente civilista al limitar la disciplina del Contrato de Trabajo a 4 reformas y ampliaciones de la legislación civil de ambos países: 1º el derecho de rescisión del contrato a demanda de cada una de las partes; 2º la obligación del empleador de garantizar la seguridad e higiene del empleado; 3º la obligación de dar a éste, al fin del contrato, una certificación de los servicios por él prestados; y 4º las causas de disolución del contrato, distintas del recíproco derecho a demandar su rescisión.
Omite el Proyecto lo relativo al contrato colectivo de trabajo. Estimaron sus compiladores que una declaración general sobre tal contrato sería en adelante inútil, y que la reglamentación particular de la forma y efectos de ese contrato es materia de un orden eminentemente social y político que deben ser disciplinados más por una ley especial que por el Código Civil (ver: Rapport sur le projet etc., parág. 30, pág. CXLIX).
No otra es la doctrina inspiradora de los arts. 441 a 477 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia, que, a juicio de Henri Capitant, representa, con el Proyecto ítalo-francés, el último estado de la ciencia jurídica en derecho privado.
Mas escueta todavía que el Código de las Obligaciones de la República de Polonia es la reglamentación del mismo contrato en el Código Civil de la República de China (arts. 482 a 489).
Sin desperdicio en esta materia las reformas esbozadas por Bibiloni en su Anteproyecto, todas ellas inspiradas en los principios y normas de los Códigos alemán, el Federal suizo de las Obligaciones y la ley belga de 1900, no podrían ser pasadas por alto con ocasión de la compilación del presente código. (ver autor y opus cit. t. II, pág. 368 a 379, edición Kraft).

Art 1382. — El contrato de servicios no está sujeto a formas dadas. Puede producirse su prueba por los medios generales de prueba de los hechos, aun cuando la retribución reclamada exceda de la tasa legal para los contratos.

El contrato se presume concluído desde que el servicio ha sido prestado por un tiempo dado, y, si según las circunstancias, ese servicio es de los que no se prestan sino mediante un salario.

Ver: arts. 4º de la Ley belga de 1900; 320 C. Federal suizo de las Obligaciones; 612 alemán; 1739 del Anteproyecto de Bibiloni; 1075 del Proyecto argentino de 1936.
Por lo mismo que el contrato de servicios no es formal, nada obsta a que las partes lo revistan

de la forma escrita. Servicios hay cuya prestación y pago se estipula verbalmente, como entre una cocinera, una mucama o una niñera con la dueña de casa. No es verosímil que tales personas presten servicios en casa ajena sin retribución de ningún género. Ocurre otro tanto con la atención médica prestada por el clínico, el cirujano, la partera, llamados de urgencia para atender a un enfermo. No se estila convención previa entre las partes sobre la prestación de sus servicios. Viene de aquí la presunción legal de que el contrato queda concluído desde que sus servicios han sido prestado. Esta prestación supone, a su vez, la aceptación de quien los recibe, si además el servicio de que se trata es de los que no se prestan sino mediante salario, porque constituyen la profesión o modo de vivir del que los suministra. No ocurre así con la asistencia espiritual del sacerdote llamado al lecho de un moribundo para que le suministre la extrama unción. Su servicio es, por naturaleza gratuito. Otro tanto cabe decir de los servicios que un entenado u entenada puede prestar a su padrastro o madrastra.

Art. 1383. — Si el monto de la remuneración no ha sido determinado, se entenderá convenida, en caso de existir una tarifa u arancel, la retribución ajustada a éstos, y a falta de tarifa o arancel, la fijada por el Juez, de acuerdo a lo que se acostumbra abonar en tales casos.

Ver: arts. 612 parág. 2º C. alemán; 3º Ley belga de 1900; 1627 C. argentino; 2698 del Esboço de T. de Freitas; 1740 del Anteproyecto de Bibiloni; 1076 del Proyecto argentino de 1936. En el Paraguay, la retribución diaria y mensual de todo obrero es fijada de oficio para cada año. Los abogados, médicos, parteras, dentistas son retribuídos, a falta de convención, de acuerdo al respectivo arancel.
Ver: arts. 613 C. alemán; 327 C. Federal suizo de las Obligaciones; 447 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 484 C. Civil de la República de China; 1742 del Anteproyecto de Bibiloni; 1077 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1384. — Salvo convención en contrario y en la duda, el obligado a la prestación de un servicio, debe ejecutarlo personalmente. Bajo las mismas reservas, la pretensión a los servicios es incesible.

El art. 1742 del Anteproyecto de Bibiloni admite la cesibilidad de la pretensión a los servicios en el caso de enajenación del establecimiento en que se efectúa el trabajo, decisión de la que nos apartamos porque celebrándose en consideración a la persona el contrato de servicios, mal puede presumirse que nadie pueda ser obligado a pasar al servicio de otra persona que aquella a quien el servicio le fue prometido. Además, no siempre el acreedor al servicio será un establecimiento comercial o industrial. En el caso de su transferencia será menester el asentimiento del obligado a la prestación de servicios. Tan riguroso es este principio que por disposición del último parágrafo del art. 484 del C. Civil de la República de China se estatuye que si una de las partes lo infringe, puede la otra denunciar el contrato. Servicios hay, como los del abogado o del médico, tan personales por su naturaleza, que su cesión unilateral riñe con la esencia del contrato.

Art. 1385. — Las condiciones del contrato pueden ser estipuladas libremente, con tal que no sean contrarias a la ley ni a las buenas costumbres.

Es inherente a las obligaciones recíprocas de las partes corresponderse la una a la otra en su cumplimiento con lealtad, buena fe y espíritu de asistencia y cooperación.

Ver: art. 326 del C. Federal suizo. de las Obligaciones.

Art. 1386. — El prometiente de servicios debe ejecutarlos conscientemente y con el cuidado exigido por el género de labor de que se trata, o por las costumbres, conforme con el justo interés y las instrucciones de la otra parte, en tanto éstas, no sean contrarias al contrato, a la ley o a las buenas costumbres.

Será pasible de los daños y perjuicios que intencionalmente o por negligencia o imprudencia cause a la otra parte.

En la medida en que la naturaleza de los servicios prometidos lo permita, podrá el obligado a retribuirlos confiar la dirección a un tercero.

Ver. arts. 328 C. Federal suizo de las Obligacionns; 448 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1745 del Anteproyecto de Bibiloni; 1082 inc. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936. El prometiente de servicios no puede hacer competencia durante la duración del contrato al que lo emplea, y debe guardar sus secretos.

Art. 1387. — Cuando el prometiente de servicios ha garantizado expresa o tácitamente poseer aptitudes o conocimientos técnicos especiales para su fiel y estricto cumplimiento, o título profesional que los presuponga, podrá la otra parte denunciar el contrao si en el curso de su ejecución se comprobase la falsedad de su aserto.

Ver: art. 485 del C. Civil de la República de China.

Art. 1388. — El acreedor de los servicios debe comportarse honesta-

mente con el prometiente de ellos, respetar su dignidad, y fuera de las obligaciones que le imponen las leyes especiales, debe observar todas las medidas que, según la naturaleza de los servicios, sugieren la técnica y la experiencia para la higiene y la seguridad de las personas, bajo pena de daños y perjuicios.

Ver: arts. 618 C. alemán; 339 C. Federal suizo de las Obligaciones; 513 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 449 y 461 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1746 del Anteproyecto de Bibiloni; 1079 inc. 1º del Proyeco argenino de 1936.
Ninguna glosa mejor de este precepto que el texto literal del art. 618 del C. alemán, según el cual: El acreedor de servicios deberá organizar y reparar los locales, instalaciones y utensilios que deba suministrar para la ejecución de aquéllos, y regular las prestaciones que deban hacerse bajo sus órdenes o su dirección, de tal modo que el obligado quede a salvo de todo peligro respecto de su vida, o su salud, en cuanto la clase de servicios que debe prestar lo permita.
Si el deudor de servicios hubiere sido admitido en casa del acreedor, deberá tomar éste, en cuanto a los locales, dormitorios, alimento y hora de trabajo y de recreo, las medidas de instalación y de orden necesarias para la salud, la moralidad y la religión del obligado.
Si el creedor de servicios no cumpliere las obligaciones que le incumben en lo concerniente a la vida y a la salud del deudor, se aplicarán por analogía a su obligación de indemnizar daños y perjuicios, lo dispuesto en los arts. 842 a 846 sobre los actos ilícitos.

Art. 1389. — Para que proceda la acción de responsabilidad contra el acreedor de servicios es necesario que el daño sufrido por quien los presta sea imputable a negligencia de aquél o de las personas encargadas por él de asegurar que las vías, obras, maquinarias e instalaciones funcionen sin desperfecto alguno.

El desperfecto no es imputable al acreedor de servicios cuando sólo es debido a negligencia de un contratista independiente, a quien confió la obra, y de cuya diligencia y conocimientos técnicos no tenía motivo de dudar, todo, sin perjuicio de lo dispuesto por leyes especiales.

Cesará igualmente la responsabilidad, cuando el daño hubiere ocurrido exclusivamente por dolo o culpa de la víctima o de los que pretendan la indemnización o si proviniere de fuerza mayor extraña al trabajo.

Ver: arts. 1747 del Anteproyecto de Bibiloni y las leyes inglesas citadas en la nota; 1079 inc. 2º parágrafo 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1390. — La retribución deberá pagarse al contado después de prestados los servicios.

Si éstos fueren prestados por períodos de tiempo, la retribución deberá pagarse al expirar cada período; si fuere por la labor entregada, a la entrega de ella.

Ver: art. 614 C. alemán; 339 y 333 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1219 C. brasileño; 115 C. austriaco; 450, 451 y 462 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 44, parág. I, Tít. II, Código francés del trabajo; 1743 del Anteproyecto de Bibiloni; 1078 del Proyecto argentino de 1936.
Dado que nuestras costumbres son distintas de las de Suiza, Polonia y otras naciones cuyos códigos trasuntan la práctica usada en relación a la retribución de servicios, no creímos necesario trasegar sus disposiciones relativas al modo de hacerlo. En efecto, el art. 333 del C. Federal suizo de las Obligaciones estatuye que a los obreros o empleados (domésticos) que no viven en la casa del acreedor de sus servicios, debe pagárseles cada dos semana; a los viajantes de comercio o empleados de oficina, todos los meses; a los domésticos que viven en la casa de su patrón, cada tres meses; y en las explotaciones agrícolas cada seis meses; y fuera de estos casos, a la cesación del contrato.
El art. 1743 del Anteproyecto de Bibiloni, un tanto influído por sus fuentes, preceptúa que a falta de convención, el salario fijado por día, debe abonarse en cada quincena. Tampoco hemos trasegado esta disposición, porque si la retribución es por hora o por día, lo lógico es que se la abone al terminar el trabajo, o si quien lo realiza acepta, al fin de semana, como lo estatuye el art. 451 del C. de la República de Polonia.

Art. 1391. — La remuneración es debida por los servicios no prestados al obligado en virtud de un contrato de locación si no obstante su voluntad de cumplirlos fuere impedido por causa imputable a negligencia del acreedor omiso en proporcionarle trabajo.

Ver: arts. 615 C. alemán; 332 C. Federal suizo de las Obligaciones; 487 C. Civil de la República de China; 1744 del Anteproyecto de Bibiloni; 1081 del Proyecto argentino de 1936.
Preferimos reducir a estos términos el presente artículo, y no agregarle el parágrafo 2º del art. 615 del Código Civil de la República de China, 1744 del Anteproyecto de Bibiloni y 1081 del Proyecto argentino de 1936, por las dificultades y complicaciones a que se prestaría la acción del locador de servicios para obtener la retribución a cargo del locatario. En efecto, el art. 615 del C. alemán estatuye que: "Si el acreedor de los servicios se constituye en mora de aceptarlos, podrá el deudor exigir el salario convenido por los no prestados por dicha causa, sin estar obligado a prestarlos posteriormente. Deberá,

sin embargo, deducirse el valor de lo que haya ahorrado por falta de prestación o de lo que adquiriera en otro empleo de sus servicio, o haya dejado de adquirir de mala fe".
La mora del acreedor supone que el locador de servicios ha debido interpelarle judicial o extrajudicialmente y probar que le interpeló. Así, una mujer, contratada para servir de mucama en una casa, por un salario pagadero al fin de cada mes, no podría ser burlada por el locatario con el argumento de no haber ella trabajado durante todo ese tiempo, si por aquiescencia de él pasó ella ociosa la mayor parte del mes. En esto consiste la diferencia entre la locación de servicios y el contrato de corretaje, porque si en el primero se remuneran los srvicios en sí mismos, en el segundo sólo cuando los servicios del corredor han resultado eficaces al provocar el acuerdo de voluntades para la conclusión del contrato principal. El locador de servicios, dice Siburu, presta su trabajo mientras que el corredor presta el resultado de su trabajo. (ver autor cit. Comentario del Código de Comercio Argentino, t. III, Nº 510, pág. 12 y 563, pág. 74 y ss.).
En el ejemplo de la mucama contratada para prestar en una casa servicios propios de su oficio, pero que por negligencia del acreedor de ella en instruirla acerca de sus obligaciones diarias e impartirle órdenes que la mucama estaba dispuesta a ejecutar, pasó ociosa gran parte de los 30 días del mes, cabe preguntar si sería justo que a la hora de recibir la retribución convenida le dedujese el acreedor lo que ella haya dejado de adquirir en otra parte en las horas o días en que estuvo cruzada de brazos por culpa de él?

Art. 1392. — El locador de servicios para quien el trabajo prometido constituye la única o principal fuente de recursos, conserva su derecho a la remuneración cuando, sin su culpa, se ve en la imposibilidad de ejecutar su trabajo por causa de enfermedad, accidente, citación a audiencias de un tribunal u otra causa grave.

Salvo disposición contraria de la ley o de la convención más favorable al locador de servicios, el derecho que se le confiere por el parágrafo precedente no le pertenece sino por un período de dos semanas y a condición de que el trabajo haya sido hecho al menos seis meses antes de ocurrir el impedimento.

La remuneración será debida al locador si antes de la expiración del plazo de dos semanas, termina el contrato, a denuncia hecha por el acreedor durante el impedimento, o a consecuencia de la rescisión anticipada por el acreedor sin que medie culpa del locador.

Ver: arts. 616 C. alemán; 335 C. Federal suizo de las Obligaciones; 458 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
El presente artículo, como sus fuentes, se funda en razones de humanidad y de equidad. Agregan los alemanes que también se funda en razones de política social (**socialpolitische**). Es una derogación formal de los principios generales, en cuanto já carga que debía scportar por su enfermedad u otro impedimento análogo el propio locador, es transferida al locatario.
Entienden los glosadores del C. Federal suizo de las Obligaciones que la enfermedad de cuatro semanas de un apoderado que ha estado en funciones durante un año y un cuarto, no le priva del derecho a la remuneración, aun cuando antes hubiera sufrido cierto número de indisposiciones que tuvieron por consecuencia 42 días de ausencia. Esta opinión sólo es explicable al favor del art. 335 de dicho Código, que no limita en el tiempo el impedimento sufrido por el locador para trabajar, al estatuir que el impedimento debe ser por un tiempo relativamente corto. Mas nuestro artículo es trasiego literal del art. 458 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia, por el que se limita a dos semanas el tiempo del impedimento sin culpa del locador y a condición de haber hecho trabajos al menos seis meses antes de lo ocurrido el impedimento.

Art. 1393. — No puede pactarse la prestación de servicios por un plazo mayor de cinco años, renovables de conformidad de partes. Los hechos por la vida del locador, o que excedan ese plazo, sólo valdrán por el tiempo fijado.

Ver: arts. 624 C. alemán; 1738 del Anteproyecto de Bibiloni; 1074 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1394. — Salvo convención en contrario, el contrato de servicios hecho por un plazo determinado, o cuya duración resulta del fin para el cual el servicio fue prometido, termina a la expiración del plazo previsto, sin que sea menester su denuncia.

Ver: arts. 620 C. alemán; 345 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1748 del Anteproyecto de Bibiloni; 1084 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1395. — Si no hay plazo determinado por la convención o por el objeto para el cual se convino el trabajo, puede cada una de las partes darlo por concluído, previo aviso. Este debe ser:

a) Si se trata de obreros manuales, de siete días anticipados y para el fin de una semana;

b) Si se trata de empleados, o dependientes de escritorio, de un mes anticipado y para el fin de un mes;

c) Si se trata de empleados en servicios domésticos, de quince días anteriores, y para el fin de la semana siguiente.

Ver: arts. 621 a 623 C. alemán; 61, 67 a 69 C. de Comercio alemán; 347 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1749 del Anteproyecto de Bibiloni; 1084 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1396. — En los contratos de servicio concluídos con obreros manuales, o personal de servicio doméstico, se considerarán las dos primeras semanas como de ensayo, y durante ellas, podrán las partes resolver el contrato, previo aviso de tres días.

Ver: arts. 350 parág. 2º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1750 del Anteproyecto de Bibiloni; 1081 inc. 2º, parág. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1397. — Aun en los contratos de término expreso, podrán las partes darlos por terminados sin aviso previo, cuando existan justos motivos para ello. Son justos motivos:

1º) El caso del art. 1387;

2º) La desobediencia sistemática en observar las instrucciones impartidas por el locatario, por sí o por la persona a quien hubiere delegado sus facultades de dirección;

3º) La imposibilidad permanente del locador para desempeñar los servicios a cuya prestación se ha obligado;

4º) Las arzones de moralidad que autorizan a no ejecutar el contrato;

5º) La falta maliciosa de cualquiera de las partes en el cumplimiento de las condiciones del contrato.

Ver: arts. 626 a 627 C. alemán; 62 a 64 C. de Comercio alemán; 352 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1751 del Anteproyecto de Bibiloni; 1084 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1398. — El contrato termina por la muerte del locador de servicios. Se extingue igualmente por la muerte del acreedor de servicios, si el contrato ha sido concluído esencialmente en considración a su prsona.

Esta disposición no será aplicable por fallecimiento del gerente o administrador de una persona moral en cuya representación se hayan contratado los servicios del locador.

Ver: art. 355 C. Federal suizo de las Obligaciones; 516 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 472 del C. de las Obligacicnes de la República de Polonia; 1752 del Anteproyecto de Bibiloni y 1084 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.
Sabe a superfluídad establecer que el contrato no se extingue por muerte del acreedor de servicios si la explotación en que se los presta continuara con los herederos del principal, porque si tal cosa ocurriera, no tendría lugar la tácita reconducción del contrato, sino la celebración de un nuevo contrato. Lo mismo ocurriría si no tratándose de una explotación, sino de una familia, falleciese el jefe de ella, y sus herederos concartasen con el locador la continuación de sus servicios sobre idénticas bases y condiciones del contrato, extinguido.

Art. 1399. — El crédito del locador por sus servicios que sea absolutamente necesario a su sostenimiento y el de su familia, es inembargable y como tal no puede, sin su consentimiento, ser compensado con el crédito que el acreedor de servicios tenga contra él, a menos que esta pretensión responda a la indemnización por daños causados intencionalmente por aquél, caso en el cual la compensación podrá serle impuesta por el todo.

Ver: arts. 394 C. alemán; 340 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1754 del Anteproyecto de Bibiloni; 1083 del Proyecto argentino de 1936.
La presente disposición es conforme con lo estatuído por el art. 885 inc. 2º de este Código. A mayor abundamiento, la deuda por servicios prestados por un locador para quien su retribución es absolutamente necesaria para su sostenimiento y el de su familia, es equiparable a la deuda por alimentos que a tenor del art. 408 del presente Código es inembargable. El art. 394 del C. alemán dispone que: "En la medida en que un crédito no es suceptible de embargo, la compensación no puede tener lugar contra dicho crédito", entre los cuales se cita el crédito de salarios resultante de un contrato de trabajo (servicios), a tener de lo estatuído por el art. 850 inc. 1º del Código alemán de Procedimientos (ver nota de Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, Saleilles, etc., al art. 394 del Code Civil Allemand, t. I, pág. 558; Windscheid, t. II, parág. 350, Nº 28; art. 1293 inc. 3º C. francés; art. 81 de la Ley de Introducción al C. Civil alemán).

Art. 1400. — El contrato de aprendizaje celebrado con un menor de edad, mayor de diez y ocho años, no será válido si no es hecho por escrito

y firmado por el padre o el tutor del menor y el acreedor de sus servicios, con aprobación del Ministerio Pupilar y el Juez en lo Civil.

El contrato debe contener las cláusulas necesarias sobre la naturaleza y la duración del aprendizaje y los servicios que el aprendiz debe prestar; sobre el número de horas de trabajo diario, como también sobre su manutención y otras prestaciones.

El que toma bajo su enseñanza y dirección a un aprendiz está obligado a instruirlo en el arte para el cual le ha tomado. Son de su cargo las obligaciones de un acreedor de servicios, excepto la de abonar al aprendiz una remuneración en dinero.

El aprendiz tiene la obligación de un locador de servicios.

Ver: sobre los dos primeros parágrafos el art. 325 del C. Federal suizo de las Obligaciones; y sobre el tercero, el art. 515 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1401. — El locador de servicios está obligado a guardar secreto absoluto acerca de los negocios de su principal, y de los procedimientos industriales que conoció en el desempeño de su cargo.

Ver: arts. 20 de la Ley belga de 1900; 1639 d) y 1639 p) C. holandés; 1755 del Anteproyecto de Bibiloni; 1082 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO II

Prohibición de competir

Art. 1402. — En los contratos de servicios que permiten al locador conocer la clientela de su principal o penetrar los secretos de sus negocios, podrán las partes convenir que después de su vencimiento, se abstendrá el locador de competir con la otra parte; trabajar al servicio de una firma o empresa competidora, sea como locador de sus servicios o como asociado u otra calidad.

La prohibición de competir no es lícita sino cuando el locador de servicios puede, por su conocimiento de la clientela y los secretos de su principal, causar un sensible perjuicio a éste.

Ver: art. 74 del C. alemán de comercio; 356 del C. Federal suizo de las Obligaciones. El contrato de servicios puede terminar por la expiración del término convenido; por denuncia de cualquiera de ambas partes; y por la muerte de uno de ambos o de los dos.
Nuestro artículo será aplicable si después de vencido el contrato, el locador de servicios tiene participación en una sociedad que por el género de sus negocios pueda competir con la empresa del principal; y tan amplio es en Suiza el criterio de los exégetas del Código Federal que también se juzga interesado al ex-locador de servicios en la competencia si adquiere acciones de una sociedad anónima, o entra en una cooperativa o en cualquier sociedad que explote el mismo negocio de su principal.
La clientela se reputa secreta cuando no es conocida de todo el mundo.

Art. 1403. — La prohibición de competir sólo es válida en la medida en que ella es estipulada respecto de un género de negocios, por un tiempo y dentro de un radio limitado conforme a las circunstancias y en tanto no sea de tal naturaleza que comprometa, de una manera contraria a la equidad, el porvenir económico del locador de servicios.

Ver: arts. 72 parág. 2 y 3 del Código alemán de Comercio; y 357 del C. Federal suizo de las Obligaciones.

Art. 1404. — La prohibición de competir no es válida sino cuando se la ha estipulado por escrito.

Ver: art. 358 del C. Federal suizo de las Obligaciones.

Art. 1405. — El que infringe una prohibición de competir responde frente a su antiguo principal de los daños y perjuicios resultantes de la contravención. Si la prohibición es sancionada por una cláusula penal, podrá el ex locador de servicios liberarse abonando a su ex principal el mon-

to de la pena estipulada; pero quedará obligado a indemnizar el perjuicio que exceda del monto de la pena.

Por excepción, y a condición de haberse expresamente reservado el derecho, podrán el ex principal exigir, además de la pena convencional y de los perjuicios e intereses suplementarios que le fueran debidos, que cese la competencia, cuando esta medida se justifique por la importancia de los intereses lesionados o amenazados y por la manera de obrar del ex locador de servicios.

Ver: art. 359 C. Federal suizo de las Obligaciones. Absolutamente lícita la obligación de no competir que los industriales y empresas suizas exigen del locador de servicios a quien, por la naturaleza de sus funciones, deben dar a conocer la lista de sus clientes y permitirles penetrar sus secretos, muchos de fabricación, explica la acción de daños y perjuicios convencional, estipulada mediante una cláusula penal, y la suplementaria en caso de exceder el daño al monto de la pena, estatuida por el presente artículo, para la hipótesis de la infracción de dicha obligación. Se trata, en este caso, de una obligación negativa o de no hacer regida por los arts. 963 y 965 del presente Código.
La indemnización suplementaria prescripta por el presente artículo es excepción a lo preceptuado por el art. 643. (ver: Rossel, opus cit. t. I, Nos. 65, 325, 333, 658, y 663).

Art. 1406. — La prohibición de competir cesa si se establece que el ex principal no tiene un real interés en que ella sea observada.

El ex principal no puede accionar en virtud de la contravención del ex locador si ha rescindido el contrato de servicios sin que éste haya dado un justo motivo para hacerlo, o si por su propia culpa ha dado al ex locador un justo motivo para rescindirlo.

Ver: art. 75 del Código alemán de Comercio; y 360 del C. Federal suizo de las Obligaciones. El presente artículo mira a evitar los abusos a que puede dar lugar la prohibición de competir.
Aun cuando la ley no define qué debe entenderse por **justo motivo**, la doctrina de los civilistas suizos enseña que debe entenderse por tal cosa la inobservancia irreparable de las cláusulas esenciales del contrato, como por ejemplo, cuando el principal no paga la retribución estipulada; no alimenta convenientemente al locador a quien tiene en su casa a su servicio, o es culpable de vías de hecho o de injurias graves; casos en los cuales el locador tiene derecho a demandar la rescisión del contrato. E inversamente, podrá el principal demandar la rescisión del contrato contra el locador, si éste es infiel o abusa de su confianza; o cuando por cuenta propia y sin el consentimiento del principal emprende actividades comerciales; o cuando se niega a prestar los servicios prometidos, los interrumpe durante un tiempo relativamente largo o lleva una vida desarreglada: (ver Rossel, opus cit. t. I, Nº 653, pág. 428). En estos casos, no podrá el ex principal accionar contra el ex locador por infracción de la obligación de no competir.

Art. 1407. — Las disposiciones de la presente Sección se aplican igualmente a los contratos por los que se estipulan trabajos que suponen una cultura científica o artística especial y que se ejecutan a cambio de retribuciones prefijadas por tarifas o aranceles legales, cuando esas convenciones presentan por otra parte los elementos constitutivos del contrato de servicios.

Ver: ars. 622 y 627 del C. alemán; 361 del C. Federal suizo de las Obligaciones.
El art. 361 del C. Federal suizo emplea el vocablo "honorarios" en vez de retribución. Mas, como en el presente Código, no se establece distinciones sociales por razón del precio del trabajo, hemos debido valernos de un circunloquio para connotar la misma idea, con la locución: "retribuciones prefijadas por tarifas o aranceles legales", que son los reguladores del valor del trabajo prestado en las profesiones liberales. Hafner ha hecho rota a justo título que la distinción entre profesiones liberales y menestralerías constituye un legado del derecho romano, que no corresponde más a las ideas de nuestra democracia moderna.
Y Hesiodo dijo, ha 3.000 años, que el trabajo no humilla a nadie. Sólo la ociosidad produce este resultado (ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, nota 3, pág. 610).

TITULO XVI

DEL CONTRATO DE EMPRESA

Capítulo único

Art. 1408. — Contrato de empresa es aquél por el cual el empresario asume, con organización de los medios necesarios y, con gestión a propio riesgo, la realización de una obra o trabajo determinado, que puede consistir tanto en la reparación o transformación de una cosa, como cualquier

otro resultado del trabajo o de la prestación de servicios, mediante una compensación en dinero.

Ver: arts. 631 C. alemán; 1655 C. italiano; 1779 inc. 1º C. francés; 1757 del Anteproyecto de Bibiloni; 1087 del Proyecto argentino de 1936; 1237 C. brasileño; 2716 inc. 1º del C. de Luisiana; 1192 C. boliviano; 1627 C. argentino; 1588 C. español; 1996 C. chileno; 2053 C. colombiano; 2049 C. ecuatoriano; 1640 C. uruguayo; 630 C. venezolano; 1513 C. peruano; 3034 C. nicaragüense; 1762 C. hondureño; 1765 C. guatemalteco; 3183 C. costarricense; 517 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 478 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Pocos contratos habrán que por su naturaleza se hayan prestado a tantas confusiones, al punto de no haber uniformidad en los códigos sobre su propia designación.

En la nota al art. 1629 del C. argentino cataloga Vélez Sarsfield las distintas opiniones de los jurisconsultos franceses sobre su naturaleza. Simple arrendamiento para Duvergier; mixta para Aubry y Rau, de suerte que siendo así serían regidas por las reglas del arrendamiento las relaciones anteriores a la entrega de la obra, y por las leyes de la venta después de recibida la obra, de donde viene que en la duda agregase al final que: "No exigiendo nuestro sistema judicial, como exigía el Derecho Romano, la designación del contrato, en virtud del cual la acción es intentada, no es necesario indagar si es venta o arrendamiento el contrato por el cual un obrero se obliga a hacer una obra, poniendo su trabajo y los materiales, o la materia principal para la obra, como el terreno en la construcción de una casa".

Mas esta omisión no era una originalidad de Vélez Sarsfield, pues, tampoco los compiladores del Código francés dieron nombre al c o n t r a t o al cual se refieren los artículos 1787 y siguientes, blanco que Aguilera y Velasco, su traductor al castellano, llenó, llamándolo: "Obras hechas a jornal o por ajuste alzado" y Bello en su Código: **De los contratos para la perfección de una Obra material**; el Código guatemalteco: "Operarios"; el Código uruguayo: "Del arrendamiento de obras"; el Código mexicano: **Contrato de obras a precio alzado**; el Código costarricense: **Obras por ajuste o precio alzado**; y así sucesivamente.

Ha sido menester que corriese mucha agua bajo el puente para que al cabo de largos años, los compiladores del Código Civil del Imperio Alemán llamasen **unternenmer** o empresario al contratante que recibe el encargo de un trabajo, para que, aun siendo distinto el sentido francés del vocablo **"entrepreneur"**, fuese éste adoptado por la literatura jurídica francesa, malgrado la renuencia también francesa a dar en su léxico carta de ciudadanía a palabras venidas del otro lado del Rhin. Desde entonces a esta parte, el contrato al cual los romanos conocían por la **locatio operis faciendi**, marbete bajo el cual el derecho tradicional aglutinó sin orden ni concierto los preceptos reguladores de la locación de cosas, de servicios y de obras, se estructuró, tanto en el Código alemán, como en el Código Federal suizo de las Obligaciones, en el Proyecto ítalo francés del Código de las Obligaciones y los contratos, en el Código Civil de la República de China, y en el Código Civil del Brasil **(Da Empreitada)**, como contrato **sui géneris** o autónomo, con el nombre de **Contrat D'Emtreprise**, y en el Código italiano de 1942 con el nombre **dell'Appalto** de idéntico significado, siquiera por un sensible error de la versión castellana de Sentis Melendo aparezca con el inexplicable título **"De la Contrata"**.

La palabra **entreprise** no es foránea del Código francés, según así se la puede ver en sus arts. 1711, 1794, 1798, como no lo es su derivado **"entrepreneurs"** (arts. 1779, 1794, 1795, 1797 y 1799), siquiera sus compiladores hayan aplicado al contrato que nos ocupa los nombres de **"marché et de devis"** (Sección III), mera subdivisión del Título VIII, Libro III, en el que se disciplina el Contrato de Locación, porque para los autores de ese Código el contrato es una **locación pura** cuando el obrero sólo suministra su trabajo, y es la **venta de una cosa una vez hecha**, cuando al mismo tiempo suministra los materiales. Distinción es ésta que según Planiol, debe ser abandonada (ver autor y opus cit. t. II, nº 1902, pág. 634, 9ª edición).

Aunque el vocablo **"entrepreneur"** no corresponde exactamente a la idea de empresario, como Saleilles lo hace notar, sino más exactamente a **"constructor"**, sirvió en 1892 a Penanrun para el título de su obra: **"Les architectes et leurs raport avec les proprietaires, les entrepreneurs et les tiers"**, que citan Aubry y Rau (opus cit. t. V, parág. 374, texto y nota 1, pág. 654, 5ª edición).

Hechas estas aclaraciones se comprenderá que bajo el título de "L'Entreprise" se lea en la obra famosa de Planiol la definición del contrato de este nombre que, según él, **es aquél por el cual una persona se encarga de realizar para otra un trabajo determinado, mediante un precio calculado según la importancia del trabajo**, y que diferenciándolo del contrato de locación de servicios, subraye que lo propio de aquel es que la remuneración del trabajo es fijado **según la importancia de la obra**, en vez de ser proporcional al tiempo empleado (opus cit. t. II, Nº 1897-1898, pág. 632). Según esta definición, el criterio distintivo del cotrato de **"entreprise" (de obra, en castellano)** vendría referido al modo de remuneración del trabajador. Mas este no es el criterio prevaleciente en la doctrina francesa, como bien lo explican Rouast y Savatier al destacar que siendo elemento esencial del contrato de trabajo el vínculo de **subordinación del locador al locatario** (o empleador, si se nos permite el galicismo), hay contrato de empresa todas las veces que un trabajo remunerado es hecho libremente por cuenta de otro.

Tal es el criterio actual de la jurisprudencia francesa citada bajo el Nº 773 del **Traité Pratique de Droit Civil Français** de Planiol y Ripert con la colaboración de Rouast, Savatier y Lepargneur, t. XI, Nº 907, pág. 152, y aceptada por Aubry y Rau, t. V, parág. 374, nota 1 ter., pág. 654, 5ª edición; Laurent, t. XXVI, Nº 2, pág. 6; Duranton, t. XVII, Nº 248, pág. 235; Mourlon, t. III, Nº 817, pág. 329; Guillouard, t. II, Nº 769, pág. 296.

Con estos antecedentes se comprenderá cuán inexplicable es que, viniendo Bibiloni a esbozar su Anteproyecto con mira al pulimento del Código de Vélez Sarsfield, reincida en la confusión del contrato de empresa con el clásico de locación de obras en que incurre el art. 1629 del Código argentino, según puede verse en el art. 1757 de dicha obra, según el cual: "Hay contrato de obra cuando una parte **se obliga a ejecutar un trabajo determinado y la otra otra a abonar el precio**" "Puede convenirse —agrega— **en que el empresario ejecutará solamente el trabajo o que suministrará también los materiales**", que es con escasas diferencias la definición de Planiol rechazada por Rouast, Savatier y Lepargneur.

Cierto es que esta definición no dista mucho de la del art. 363 del C. federal suizo de las Obligaciones, y del art. 631 del C. alemán. Con todo, ella no es admisible en cuanto según su contexto el precio del trabajo es fijado en consideración a la importancia de la obra, aun cuando se haya de realizar bajo la dependencia de la otra parte, como es propio de la locación de obras del Derecho romano.

Tal es la razón por la cual preferimos la definición del art. 1655 del C. italiano de 1942, según el cual las características del contrato de empresa son cuatro: 1º) la obligación del empresario de realizar una obra o un servicio para otro; 2º) con organización de los medios necesarios; 3º) la asunción del riesgo; y 4º) la remuneración en dinero.

El contrato de empresa se diferencia por su objeto de la venta, en cuanto el del primero es una actividad creadora, al peso que el de la venta se reduce a los actos necesarios a la transferencia del dominio de la cosa vendida, sin tener en cuenta ni la manera de fabricarla, ni las personas que la han elaborado. Si el comprador de ropa hecha desea que se le agrande una pieza de vestir, ya confeccionada, el trabajo que su pedido exija no transformará el contrato de venta en contrato de empresa.

Se distingue del contrato de servicios en que lo propio de este último es que la prestación convenida es fijada en consideración al tiempo, al paso que el objeto del contrato de empresa es sólo el resultado del trabajo, de donde viene que el empresario sea responsable de la ejecución cuidadosa y completa de la obra, al paso que el mero locador de servicios sólo debe un trabajo hecho con cuidado bajo

la dirección de su principal. Este contrato limita más al locador en la elección de los medios y en la manera de trabajar que el contrato de empresa, por lo regular celebrado con un técnico, como un arquitecto, un ingeniero etc., quienes eligen y dirigen por sí mismos a sus obreros y realizan toda la obra sin depender de la otra parte.
Tampoco hay manera de confundir el contrato de empresa con el mandato. Tiene siempre el primero de estos contratos por objeto una prestación enderezada a la edificación o modificación de una obra material, mientras que el mandato, sólo mira a la dirección de un negocio o a la prestación de un servicio.
El contrato de empresa se distingue del contrato de sociedad en cuanto el primero no contempla la realización de una obra en común con el propietario de ella. (ver: Schneider y Fick, opus cit. t. I, pág. 612; Rouast, Savatier y Lepargneur, in Planiol y Ripert, t. XI, Nos 907 a 912, págs. 152 y ss.).
El contrato de empresa puede tener por objeto la ejecución de trabajos de los más diversos. La naturaleza del trabajo no altera su esencia. Los tribunales suizos juzgan que por obra puede entenderse toda constitución, la realización de una cosa material, edificada por medio de cosas semejantes o distintas, como una casa, un traje, una dentadura postiza; obras artísticas, como un cuadro, un dibujo, el proyecto de una obra artística; el anteproyecto de un edificio; la construcción de máquinas en general, como turbinas, motores, instalaciones eléctricas, relojes, grúas mecánicas, etc., etc. Los tribunales franceses incluyen los trabajos realizados por las empresas de espectáculo, de edición, publicidad, trabajos de orden jurídico, confiados por contrato a un abogado, a un escribano, a un agente de negocios, y también trabajos exclusivamente intelectuales, como la enseñanza de una ciencia o de un arte impartida por un profesor, y también una consulta médica.
No otra es la doctrina italiana relativa al contrato de empresa, concebido como un contrato sinalagmático o conmutativo y oneroso, cuyo objeto puede ser tanto una actividad material como una actividad intelectual. (ver: Di Blasi, opus cit. Parte Speciale — I Singoli Contratti, pág. 234; Vitale, in Codice Civile, Libro delle Obbligazioni, Commentario bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, vol. II, pág. 362 y ss.; Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli, Nº 700, pág. 466; y art. 2222 y ss.).

Art. 1409. — El empresario está obligado a ejecutar personalmente la obra, o hacerla ejecutar bajo su responsabilidad por otro, a menos que, según la naturaleza de la obra, sean sus aptitudes personales las que determinaron al dueño de ella a confiarle su ejecución, o que por cláusula expresa hayan las partes excluído la facultad de ceder en todo o en parte la construcción de la obra a subcontratantes.

Salvo pacto en contrario deberá el empresario proveerse con recursos propios de los medios, máquinas y útiles exigidos por la ejecución de la obra.

Ver: arts. 364 parágrafos 2º y 3º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1656 del Código Italiano; 1753 del Anteproyecto de Bibiloni; 1088 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 517 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 480 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
Es de la esencia del contrato de empresa la ejecución personal de la obra por el empresario si el dueño de ella se la confió en consideración a sus aptitudes personales, como ocurriría si encargándole un retrato o un paisaje a un pintor famoso, o una escultura a un artista renombrado, o una obra literaria a un escritor o a un poeta cotizado, pudiesen éstos delegar su obligación en otro.
Distinto es el caso del empresario constructor de caminos de hierro que puede confiar la consrucción de una línea a diferentes empresarios, encargado cada uno de ejecutar un tramo dado, o bien trabojos especiales, como la construcción de un tunel o de un puente.
En tales casos el empresario con quien se ajustó el contrato será el único directamente responsable de los daños y perjuicios derivados de la inejecución o de la mala ejecución del contrato.

Art. 1410. — Salvo pacto en contrario, el material destinado a la realización de la obra debe ser suministrado por el empresario. En este caso, será responsable ante la otra parte de la buena calidad de dicho material, y deberá la garantía del vendedor.

Si el material es suministrado por el dueño de la obra, debe el empresario emplearlo con el mayor cuidado; dar a éste cuenta del empleo que de él haya hecho y restituirle lo que sobre.

Si en el curso de los trabajos, el material suministrado por el dueño de la obra o la tierra destinada por él para asiento de la obra resultare defectuosos o si sobreviniese otra circunstancia que podría comprometer la ejecución regular y exacta de la obra, deberá el empresario informarle inmediatamente, bajo pena de cargar con las consecuencias de su omisión.

Sobre el parágrafo 1º, ver: arts. 1658 y 2223 C. italiano; 1787 C. francés; 1641 C. holandés; 2728 C. de Luisiana; 518 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 364 in fine C. Federal suizo de las Obligaciones; 1757 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1087 in fine del Proyecto argentino de 1936.
Sobre los porágrafos 2º y 3º ver: ar. 365 C. Federal suizo de las Obligaciones; 481 a 483 del C. de la República de Polonia; 445, 443, 444, 493, 459 a 492 C. alemán; 1760 del Anteproyecto de Bibiloni; 1088 inc. 4º y 5º del Proyecto argentino de 1936 y 1653 C. italiano.
Si el material suministrado por el empresario es ajeno, sin el asentimiento de su propietario, podrá hacer suyo el material indemnizando al propietario.
Si el dueño de la obra es de buena fe, y el material empleado por el empresario es ajeno, podrá igualmente hacer suya la obra conra la indemnización pagada al dueño del material.

Art. 1411. — Si las partes no han determinado por el contrato el mon-

to de la retribución debida al empresario, ni han establecido el modo de determinarlo, se lo calculará con arreglo a las tarifas legales vigentes, o en su defecto, por pericia en relación al resultado obtenido o al trabajo normalmente necesario para obtenerlo, con aprobación del juez.

Ver: arts. 1657 y 2225 C. italiano; 632 parág. 2º C. alemán; 374 C. Federal suizo de las Obligaciones. En homenoje a la libertad de contratación, el presente artículo, como su fuente, no declara nulo el contrato por omisión del monto de la retribución debida al empresario, o del modo de establecerlo. Se entiende que tal omisión puede deberse a la dificultad de determinarlo en la medida adecuada, dado que el conrato de empresa es de ejecución diferida al tiempo de su celebración.

Art. 1412. — Si nada se hubiere estipulado acerca de la fecha en que debe retribuirse al empresario, el pago de ella se hará al hacerse entrega de la obra a satisfacción del propietario de ella.

Si antes de la entrega, pereciese por caso fortuito la obra, no podrá el empresario reclamar ni el precio de su trabajo, ni el reembolso de sus gastos, a menos que el propietario de ella hubiere incurrido ne mora de recibirla.

En este caso, la pérdida del material empleado será a cargo de la parte que lo suministró.

Cuando la obra ha perecido, sea a consecuencia de un defecto del material suministrado, o de la tierra asignada por el propietario, sea por efecto del modo de ejecución prescripto por él, podrá el empresario, si en tiempo útil le advirtió de esos riesgos, reclamar el precio del trabajo hecho y el reembolso de los gastos no incluídos en ese precio. Podrá además reclamar daños y perjuicios si el propietario de la obra ha incurrido en culpa.

Ver: arts. 644 a 646 C. alemán; 376 C. Federal suizo de las Obligaciones: 1673 C. italiano; 1788, 1789 y 1790 C. francés; 530 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 493 del C. de las Obligaciones de Polonia; 495 y 496 del C. Civil de la República de China; 1761 del Anteproyecto de Bibiloni; 1088 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.
Explicando Rossel el art. 376 del C. Federal suizo de las Obligaciones enseña que el punto de partida para el desplazamiento de los riesgos es la recepción de la obra, conforme con la regla res perit domino del Derecho Romano. Esta regla, agrega, es muy racional, porque no teniendo el obrero derecho a su salario sino cuando su trabajo ha sido bien hecho, mal podría percibirlo si la cosa perece antes de entregarla, porque su verificación sería imposible. Si, pues, una casa es destruída por el rayo, o un temblor de tierra, cuando estaba a punto de estar terminada, pero no entregada, la casa se pierde para el empresario, quien así no puede reclamar ni el precio de su trabajo, ni el reembolso de sus gastos. Los materiales empleados en la construcción son a cargo del que los suministró.
Si, por el contrario, el dueño de la casa ha tomado posesión de ella, o si ha incurrido en mora de recibirla, la pérdida sería para él, y el empresario estaría facultado a formular todas sus reclamaciones relativas a su trabajo y a sus gastos.
Decisión es ésta análoga a la estatuida por el art. 1788 del C. francés; 2729 del C. de Luisiana; 1397 C. portugués; 1589 C. español; 1996 C. chileno; 2053 C. colombiano; 2049 C. ecuatoriano; 1193 C. boliviano; 1842 C. uruguayo; 1634 C. venezolano; 1238 C. brasileño; 2617 C. mexicano; 1184 C. costarricense; 1553 y 1555 C. peruano; 3044 C. nicaraguense; 1762 parág. 2º C. hondureño, y los códigos citado al comienzo de esta apostilla.
Es, pues, esta decisión de derecho uniforme en casi todos los códigos.

Art. 1413. — La regla del artículo anterior se aplicará igualmente a la cosa mueble hecha por el empresario con materiales propios.

Ver: art. 1762 del Anteproyecto de Bibiloni y autores citados en la nota respectiva.

Art. 1414. — El empresario no puede introducir variaciones en las modalidades convenidas de la obra salvo autorización escrita del comitente.

Si el precio de la obra entera ha sido determinado globalmente, sin consideración a sus partes, no tendrá el empresario derecho a compensación alguna por las variaciones introducidas o las agregaciones hechas con autorización del comitente, salvo pacto expreso en contrario.

Ver: art. 1659 C. italiano; 1793 C. francés; 650 C. alemán; 375 C. F. suizo de las Obligaciones. El presente artículo sólo se aplicará cuando el precio de la obra ha sido estipulado globalmente. Y para evitar sorpresas al comitente estatuye que el empresario no tendrá derecho al aumento del precio de las variaciones introducidas o las agregaciones hechas con autorización escrita, si el comitente no ha asumido la obligación de pagar la mayoración del precio. Una cosa es la autorización del comitente para variar las modalidades convenidas de la obra y otra es la obligación de abonar su precio. Ver igualmente: art. 524 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos y 491 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Atr. 1415. — Si para la ejecución de la obra con arreglo al arte fuere menester introducir variaciones en el proyecto y las partes no pueden ponerse de acuerdo, decidirá el juez las variaciones que deben introducirse y las modificaciones de precio.

Si el importe de las variaciones superara la sexta parte del precio conjunto convenido, podrá el empresario separarse del contrato y obtener, según las circunstancias, una indemnización equitativa.

Ver: art. 1660 C. italiano. En la legislación italiana anterior, el artículo 1640 del Código abrogado, análogo al 1793 del C. francés, y al 1633 del C. argentino, trasegado al 1763 del Anteproyecto de Bibiloni, regía el principio según el cual "aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, no podrá el locador (empresario) pedir aumentos en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada o a tanto la medida, aun so pretexto de un error de cálculo".
Mas el desarrollo ulterior de la doctrina y de la jurisprudencia indujo a los compiladores del Código italiano de 1942 a aclarar esta regla en una serie de preceptos que nosotros juzgamos útil trasegar, de los cuales, el que ahora nos ocupa contempla la hipótesis de presentarse en la ejecución de la obra la necesidad de introducir en ella variaciones y añadidos que, al aumentar el precio, pueden provocar el desacuerdo de las partes. Necesidad es ésta que puede presentarse tanto en la construcción de obras públicas como privadas, sin alterar la esencia misma del contrato. Con todo, conviene aclarar el concepto de variantes y añadidos. Explicando este caso, dice el Profesor Antonino Vitale que no se puede pretender la construcción de un establecimiento industrial como variante de una casa de habitación civil, por cuanto en un caso tal se plantearían cuestiones de orden técnico y jurídico. Así, en la hipótesis propuesta si la casa había sido proyectada para habitación civil, constituiría variante aceptable, ejecutable en el curso de su construcción los agregados requeridos para transformarla en posada o mesón.
Este añadido sería de la misma naturaleza de la obra emprendida, pero puede aumentar de tal manera su precio que las partes no puedan ponerse de acuerdo. Para tal hipótesis, decide nuestro artículo que el discenso será resuelto por el juez, quien establecerá las variantes que deben introducirse y las modificaciones de precio, si son necesarias, se entiende. Juzga Messineo enseña que esta sentencia es constitutiva, a tenor del artículo 2908 del C italiano, entendiéndose por tal la decisión judicial que ocupa el lugar y produce los mismos efectos del contrato definitivo, en cuanto en ella se concreta un caso de ejecución en forma específica, de modo que cuando pase a revestir los atributos de la cosa juzgada sea también título para imponer ulteriormente a la parte renitente, el cumplimiento de la prestación. (ver autor y opus cits. t. V, parág. 146, Nº 4, pág. 201; y t. IV, parág. 134, Nº 20, pág. 469).
Sin embargo, si en tal caso, las variaciones son de notable importancia, el comitente o dueño de la obra, podrá separarse del contrato, pero con la obligación de pagar al empresario una equitativa indemnización, entendiéndose por tal el equivalente que toma en el patrimonio de su destinatario, el lugar de un elemento patrimonial que se ha perdido: término medio entre el equivalente en sentido propio y el resarcimiento (opus cit. t. II, parág. 30, Nº 2, bis, pág. 317).
Si la modificación del precio excede de la sexta parte del precio global convenido, podrá el contratista separarse del contrato, y el comitente podrá ser condenado a pagarle una indemnización equitativa.
La indemnización, en uno y otro caso, agrega nuestro autor, está justificada por el presupuesto de que el empresario sufra un daño al quedar sin efecto el contrato.

Art. 1416. — El comitente puede introducir variaciones en el proyecto, siempre que su monto no exceda de la sexta parte del precio total convenido. El contratista tendrá derecho en este caso a la compensación por los mayores trabajos realizados, aun cuando el precio de la obra hubiera sido determinado globalmente.

La decisión del parágrafo anterior no se aplicará cuando las variaciones, aun estando contenidas dentro de los límites indicados, importen notables modificaciones de la naturaleza de la obra y de las cantidades de trabajos, en las diversas categorías, previstas en el contrato para la ejecución de dicha obra.

Ver art. 1661 C. italiano. El presente artículo, como su fuente, contempla una hipótesis distinta de la anterior. Las variaciones de que se trata son las que el comitente introduce en su propio interés, no porque sean necesarias, sino porque satisfacen su conveniencia económica o su gusto. Según la terminología del derecho tradicional, serían variaciones útiles o suntuarias, que si por su monto no exceden de la sexta parte del precio total convenido, facultan al empresario a pedir una compensación por los mayores trabajos.
El poder de variación del comitente no será admitido si ellas importan modificaciones notables de la naturaleza de la obra.

Art. 1417. — El comitente tiene derecho a examinar y contrastar a sus expensas el desarrollo y estado de los trabajos.

Si en el curso de la obra se comprobare que la ejecución de la obra no se ajusta a las condiciones del contrato y las normas del arte, podrá el comitente fijar al empresario un plazo congruente para que se ajuste a esas condiciones. Transcurrido que sea inútilmente dicho plazo, el contrato quedará resuelto, salvo el derecho del comitente al resarcimiento del daño.

Ver: art. 1662 C. italiano. La verificación a que el comitente tiene derecho podrá ser confiada por él a técnicos que le eviten incurrir en un error de apreciación del curso de los trabajos de construcción. El plazo que él fije al empresario será para que complete los trabajos, bajo pena de que transcurrido inútilmente dicho término, se resolverá el contrato con más los daños y perjuicios.

Art. 1418. — Cuando, por efecto de circunstancias imprevisibles, se haya verificado aumentos o disminuciones en el costo de los materiales o de la mano de obra, tales que determinen un aumento o disminución superiores a la décima parte del precio global convenido, podrá el comitente o el empresario pedir una revisión de dicho precio, la que será acordada sólo si aquella diferencia excede de la décima parte del precio.

Si en el curso de la obra se manifiestan dificultades de ejecución derivadas de causas geológicas, hidrológicas y similares, no previstas por las partes, que han hecho notablemente más onerosa la prestación del empresario, tendrá éste derecho a una compensación equitativa.

Ver: arts. 1664 C. Italiano de 1942; 373 parág. 2º, 83, 269, 352 y 545 parág. 1º C. F. suizo de las Obligaciones, y art. 269 del Código de las Obligaciones de Polonia. Los arts. 1793 del Código francés, el 1640 del Código italiano de 1865; el 1593 del C. español; 1246 del C. brasileño; 1401 del C. portugués; 373 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1633 del C. argentino; 2003 del C. chileno; 2060 del C. colombiano; 2056 del C. ecuatoriano; 1845 del C. uruguayo; 1638 del C. venezolano; 2626 del C mexicano; 1769 C. guatemalteco; 1189 del C. costarricense; 3057 del C. nicaraguense; 1769 inc. 1º del C. hondureño, consagran la regla pacta sunt servanda del Derecho tradicional, del art. 1197 del C. argentino. Conforme con esta doctrina, el art. 1763 del Anteproyecto de Bibiloni y 1993 del Proyecto argentino estatuyen que: "**Aunque encarezca el valor de los materiales y de la mano de obra, el locador, bajo ningún pretexto puede pedir aumento en el precio, cuando la obra ha sido contratada por una suma determinada o a tanto la medida. No podrán alegarse errores de cálculo**".

Mas esta concepción del contrato de empresa ha sido superada, por la admisión de la teoría de lo imprevisión, así por el art. 1664 del C. italiano de 1942, como por el art. 1563 del C. peruano, y los Códigos ya citados, por los que se admiten el aumento de precio, cuando por efectos de circunstancias imprevisibles se hayan verificado aumentos o disminuciones en el costo de los materiales.

Circunstancias imprevisibles son los fenómenos objetivos ambientes en cuya producción no tienen intervención alguna la voluntad de deudor y del acreedor, de suerte que siendo así, ninguna de las partes de un conrato podría imputar culpa a la otra para hacerla responsable de tales hechos. La culpa contractual es eminentemente subjetiva. Lo imprevisto es lo que no puede barruntarse o conjeturarse, y que por tanto escapa a toda previsión, como el rayo que mata a un hombre justo o incendia su casa; la peste que asola una región; el terremoto que reduce a escombros una ciudad; el desborde de un río que, al inundar zonas industriales, paraliza las fábricas, impide la producción, hace ociosa la mano de obra e incide sobre los precios de las mercancías.

Fenómeno igualmente objetivo es la desarticulación del sistema monetario, de fatales efectos sobre los contratos de tracto sucesivo o de ejecución deferida, como los préstamos hipotecarios a largos plazos; los arrendamientos de fincas urbanas y rurales por varios años; la construcción de obras de larga duración. En octubre de 1943 se cotizaba entre nosotros un dólar americano a razón de $s. 3:12 y en 1960 a razón de $s. 123. Si, pues en 1943 se hubiese otorgado a 17 años de plazo un préstamo de ₲s. 1.000.000:00, equivalentes, a la paridad de entonces, a U$S. 32.050:30, el prestamista no podría adquirir sino U$S. 8.130:00, de suerte que por la desvalorización del medio circulante, ocurrida sin intervención alguna de su parte, habría perdido U$S. 23.921:30, que en 1960 equivaldrían al cambio de 123% a ₲s. 2.942.319:30, suma con la cual el deudor se habría enriquecido a expensas de la imprevisión del acreedor.

Bajo los números 351 y 352 de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos explicada la regla **rebus sic stantibus** que en el siglo XVIII fue desacreditada por Grotius, según la cual los contratos de tracto sucesivo se deben entender que existen en tanto subsistan en lo futuro las condiciones objetivas ambientes en que fueron pactados. Rechazada esta doctrina por los tribunales franceses, nos plegamos a la docrina de Grotius, no sin advertir que los tribunales italianos son favorables a la regla **rebus sic stantibus** y que el Código Federal suizo de las Obligaciones somete por su art. 373 el contrato de empresa a la influencia de los acontecimientos imprevistos, como también que por su art. 269 el Código de las Obligaciones de la República de Polonia la consagra expresa y terminantemente. En el mismo sentido el art. 322 del Anteproyecto brasileño de las Obligaciones de Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo y Hahnemann Guimaraes.

Lo importante en este caso es tener una noción exacta de las características que deben revestir los acontecimentos que, por extraordinarios, son imprevisibles y que, por las alteraciones que pueden producir en el nivel de los precios pactados, autorizan a una revisión posterior del contrato de empresa, tal como lo preceptúan nuestro artículo y su fuente. A estos efectos, se recomiendan por su impecable redacción los arts. 269 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia y el parágrafo 2º del art. 373 del C. Federal suizo de las Obligaciones, a propósito del cual Rossel se expresa como sigue: "Aunque nosotros la hemos rechazado (se refiere a la cláusula **rebus sic stantibus**, por la inseguridad que introduce en las transacciones) y aunque el cambio fatal de circunstancias frecuentemente decisivas que pueden producirse después de un cierto tiempo entra para nosotros en los riesgos y beneficios inseparables de toda convención, que no es alterada, hemos establecido una regla general que nuestro Código ha derogado más de una vez; así, y desde luego, por su art. 373, parág. 2º, después por sus arts. 83, 269, 352, 545 parág. 1º. Cabe también decir que el art. 2º del C. Civil, podría ser invocado en lugar de la cláusula **rebus sic stantibus**, cuando el curso de las cosas se modificaran a un punto tal que que aquella de las partes que se negara a tenerlo en cuenta obraría de mala fe o se haría culpable de ejercicio abusivo de su derecho. (ver autor y opus cits. t. I, Nº 690, pág. 455; Messineo, opus cit. t. IV, parág. 115, a), pág. 248; De Blasi opus cits. Nº 243 a 244, pág. 243; Vitale, **in Código Civile — Libro delle Obbligazioni**, vol. II — **Commentario** bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, pág.389; Grandi, **Codice Civile — Relazione del Ministro Guardasigilli**, Nº 702, pág. 469; Arnoldo Medeiros da Fonseca, **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisao**, Nº 168, pág. 234, 2ª edición).

Art. 1419. — El comitente, antes de aceptar la entrega de la obra, tiene derecho a verificarla.

La verificación puede hacerse por el comitente tan pronto como el empresario le ponga en condiciones de poderla realizar.

Si, no obstante la invitación que el empresario le haya hecho, descuidara el comitente proceder a la verificación sin justos motivos, o si habiéndola

verificado, omitiera comunicar sus resultados al empresario dentro de un breve tiempo, la obra se considerará aceptada.

Si el comitente recibe sin reserva la entrega de la obra, ésta se considerará aceptada aun cuando no se haya procedido a su verificación.

Salvo pacto en contrario, el empresario tiene derecho al pago del importe estipulado de la obra una vez aceptada ésta por el comitente.

Ver: art. 1665 C. italiano; 640 C. Civil alemán; 381 parág. 2º C. alemán de Comercio; 367 y 370 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1636 C. argentino; 1242 C. brasileño; 2752 Inc. 2º y 3º del Esboço de T. de Freitas; 1598 y 1599 C. español; 2002 y 2003 parág. 4º C. chileno; 2059 y 2060 Inc. 4º C. colombiano; 2055 y 2056 inc. 4º C. ecuatoriano; 1848 y 1853 C. uruguayo; 1645 y 1646 C. venezolano; 2643 y 2628 C. mexicano; 1566 y 1567 C. peruano; 3069 y 3073 C. nicaraguense; 1768 y 1769 inc. 4º C. hondureño; 1193 y 1194 C. costarricense; 1764 y 1765 del Anteproyecto de Bibiloni, 1092 Proyecto argentino de 1936.
El fondo de la disposición del presente artículo se resume en el principio según el cual, en el contrato de empresa la aceptación del comitente produce de inmediato los efectos de una convención liberatoria por virtud de la cual el empresario se libera de toda responsabilidad, a menos que el recibo sea viciado de dolo.

Art. 1420. — Si se trata de obras que deben realizarse por partes, cada uno de los contratantes podrá pedir que la verificación se efectúe por cada parte singular. En este caso, el empresario podrá pedir el pago en proporción a la obra realizada y entregada.

El pago hace presumir la aceptación de la parte de obra pagada; no produce este efecto el desembolso de simples cantidades entregadas a cuenta.

Ver: art. 1666 C. italiano; 641 C. alemán; 372 C. Federal suizo de las Obligaciones; 489 parág. 2º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1791 C. francés; 520 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1156 C. austriaco; 1765 parág. 2º Anteproyecto de Bibiloni; 1090 parág. 2º Proyecto argentino de 1936.

Art. 1421. — El empresario debe la garantía por las disformidades y vicios de la obra. No se deberá la garantía si el comitente aceptó la obra y las disformidades y vicios eran de él conocidos o fáciles de reconocer con tal que en este caso, no hayan sido ocultados de mala fe por el empresario.

El comitente debe, bajo pena de caducidad de su derecho, notificar al empresario las disformidades o los vicios dentro de los sesenta días de haberlos descubierto.

La notificación no será necesaria si el empresario ha reconocido las disformidades o los vicios o su ocultación.

La acción contra el empresario se prescribe a los dos años computados desde el día de la entrega de la obra. El comitente demandado para el pago podrá oponer la garantía con tal que las disformidades o los vicios hayan sido denunciados dentro de los sesenta días computados desde el descubrimiento y antes de que hayan transcurrido los dos años desde el día de la entrega.

Ver: arts. 1667 C. italiano. La responsabilidad del empresario no nace si el comitente ha aceptado la obra, conociendo o pudiendo reconocer, con la ordinaria diligencia, las disformidades o los vicios, salvo que éstos hayan sido disimulados u ocultados de mala fe por el empresario.
Bajo pena de caducidad de su derecho de accionar contra el empresario, debe el comitente notificar o denunciar al empresario las disformidades o los vicios que hubiere descubietro en la obra, dentro de los 60 días computados desde el día en que los descubrió. Esta acción prescribe a los dos años de la entrega; pero el comitente demandado para el pago, puede hacer valer la responsabilidad del empresario si es que ha denunciado las disformidades o los vicios dentro de los 60 días computados desde su descubrimiento y antes de que hubieran transcurrido los dos años desde la entrega (ver: Messineo, t. V, parág. 146, e), pág. 204).

Art. 1422. — El comitente puede pedir que las disformidades o los vicios se eliminen a costa del empresario, o bien que el precio sea disminuido proporcionalmente, salvo el resarcimiento del daño en el caso de culpa del empresario.

Pero si las disformidades o los vicios de la obra son tales que la hagan absolutamente inadecuada a su destino, podrá el comitente pedir la resolución del contrato.

Ver: art. 1668 C. italiano. Este precepto disciplina en su primera parte la acción que corresponde al comitente por las disformidades o los vicios descubiertos por él en la obra. En el parágrafo segundo se estatuye que la resolución del contrato sólo puede demandarse si por las disformidades o los vicios la obra resulta inadecuada a su destino.

Art. 1423. — Si se trata de edificios, o de construcciones inmuebles, destinadas a larga duración y la obra se arruina, o presenta peligro evidente de ruina, o se manifiestan defectos graves de construcción, dentro de los diez años de concluída la obra, causados por deficiencia del trabajo, o de los materiales, o del suelo, el empresario es responsable. Debe denunciarse a éste el hecho dentro de los sesenta días de descubierto. La acción debe intentarse dentro de los dos años de la denuncia.

Ver: arts. 522 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1669 del C. italiano; 1792 C. francés; 1767 del Anteproyecto de Bibiloni; 1091 del Proyecto argentino de 1936; 1645 C. holandés; 2733 C. de Luisiana; 1591 C. español; 638 y 639 C. alemán; 371 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1646 C. argentino; 2002 y 2003 inc. 3º C. chileno; 2059 y 2060 inc. 3º C. colombiano; 2055 y 2056 inc. 3º C. ecuatoriano; 1245 C. brasileño; 1399 C. portugués; 1844 C. uruguayo; 1637 C. venezolano; 1195 C. boliviano; 3050 C. nicaraguense; 2634 C. mexicano; 1769 inc. 3º C. hondureño; 1556 C. peruano; 1185 C. costarricense; 488 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 495 C. Civil de la República de China; 2794 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas.
La responsabilidad del empresario dura 10 años, al cabo de los cuales se prescribe la acción del comitente contra él por la ruina o el peligro evidente de ruina que en el decurso de esos diez años sobrevenga en el edificio construído por aquél.
Lo acción del comitente debe intentarse dentro de los dos años computados desde la denuncia o notificación hecha al empresario. Por el art. 1669 del C. italiano esta acción de prescribe al año. Viene de aquí que si no han transcurrido los diez años, la acción puede ejercerse dentro de los dos años computados desde la denuncia. Si hecha la denuncia, el comitente deja transcurrir dos años sin ejercer su acción, ésta quedará prescripta.
La acción del comitente pasa por su muerte a sus herederos, y también a su sucesor a título singular, adquirente, donatario y legatario.

Art. 1424. — El empresario, para accionar en repetición contra los sub-contratistas, debe, bajo pena de caducidad de su derecho, comunicarles la denuncia hecha por el comitente dentro de los sesenta días computados desde su recepción.

Ver: art. 1670 C. italiano. Por el art. 1413 quedó establecido que el empresario está obligado a ejecutar personalmente la obra cuando, según la naturaleza de la obra, sean sus aptitudes personales las que determinaron al comitente a confiarle su ejecución, o cuando por cláusula expresa se le haya prohibido ceder en todo o en parte la construcción de la obra: Si fuera de estos casos el empresario cede a otro la construcción de la obra, será él el único responsable ánte el comitente. Este antecedente explica que si habiendo hecho efectiva su responsabilidad por daños y perjuicios causados por el subcontratista al comitente, pueda él ejercer su acción reversiva contra el causante del daño, a condición de hacerle saber la denuncia hecha por el comitente dentro de los sesenta días computados desde su recepción, como lo preceptúa el presente artículo.
Esta decisión guarda relación con lo preceptuado por el art. 523 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, según el cual la disposición del artículo anterior no se aplica al recurso que el empresario podría ejercer contra los subcontratistas, los cuales quedan liberados por la recepción de su obra en los términos del art. 1412. Siendo así, para que el empresario pueda conservar su recurso contra el subcontratista debe, como el comitente, hacerle saber la denuncia de éste en el término de sesenta días de haberla recibido.

Art. 1425. — El comitente puede separarse del contrato, aun cuando se haya iniciado la ejecución de la obra o la prestación del servicio, siempre que indemnice al empresario de los gastos hechos por él, de los trabajos realizados y el lucro cesante.

Ver: art. 1671 C. italiano. Siendo el contrato un acto jurídico bilateral libremente concertado por las partes no se concibe que en plena ejecución del convenio pueda cualquiera de ambas rescindirlo unilateral, injusta e impunemente.
Mas dado que el contrato de empresa es por lo común de ejecución deferida y de larga duración, en cuyo decurso bien pueden alterarse sensiblemente los precios al punto de hacer la obra más onerosa de lo previsto por el comitente al tiempo de ajustar el contrato, y determinarle a preferir las consecuencias de la rescisión unilateral del contrato a la continuación de la obra, viene dispuesto por el presente artículo que el comitente pueda apartarse de él en plena ejecución de la obra, pero con cargo de indemnizar plenamente al empresario por los gastos que soportó, por los trabajos hechos y por el lucro cesante o sea por la frustración de las ganancias que el contrato le prometía.

Art. 1426. — Si el contrato se resuelve porque la ejecución de la obra se ha hecho imposible, a consecuencia de una causa no imputable a alguna de las partes, el comitente debe pagar la parte ya realizada de la obra, dentro de los límites en que para él sea útil, en proporción al precio pactado de la obra entera.

Ver: art. 1672 y 1256 . Italiano; 2762 incisos 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1642 C. argentino; 917 y 919 C. de Prusia; 1770 del Anteproyecto de Bibiloni; 1094 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Puede tornarse imposible la ejecución de la obra porque al empresario le sobrevenga, sin su culpa, la imposibilidad de hacerla ó de concluirla o de concluirla a su tiempo, o porque los materiales se pierdan o deterioren sin culpa de ninguna de las partes (Freitas).
Los arts. 899 y ss., disciplinan los casos de imposibilidad de cumplimiento de una prestación por causa no imputable al deudor anterior a su constitución en mora, en los cuales la obligación se extingue.
Para evitar un enriquecimiento injusto del comitente, preceptúa nuestro artículo que éste debe pagar la parte ya realizada de la obra, dentro de los límites en que para él representa una utilidad o sea una ventaja, en proporción al precio global estipulado por la obra entera.
La comprobación de la utilidad que para el comitente arroja la parte ya hecha de la obra, debe hacerse con criterio objetivo en relación al destino que in concreto puede darse a esa parte, dentro de la finalidad de la obra entera. La relación entre el precio global de la obra y el de la parte ya hecha debe hacerse teniendo en cuenta los gastos generales que influyen sobre el costo y que vienen a inutilizarse o se tornan poco utilizables por efecto de la disolución anticipada del contrato.

Art. 1427. — El contrato no se resuelve por fallecimiento del empresario, salvo que la consideración de su persona haya sido motivo determinante del contrato. El comitente puede separarse siempre del contrato si los herederos del empresario no dan fianza para la buena ejecución de la obra o del servicio.

Ver: art. 1674 C. italiano. La modificación que este artículo introduce en lo art. 1640 del C. argentino, trasiego del 1795 del C. francés y su apógrafo el 1642 del C. italiano de 1865, es de poca monta, pues, si se tiene en cuenta lo que el art. 1641 de aquél dispone en relación a los herederos, que pueden continuar la construcción de la obra, cuando ésta no exigiere en el empresario cualidades especiales, es porque en puridad el contrato de empresa no se resuelve por muerte del empresario, a menos que sus cualidades personales, sus aptitudes técnicas, título, reputación etc., hayan sido los motivos determinantes sue indujeron al comitente a confiarle su realización.
Sólo la segunda parte de nuestro artículo es una novedad en cuanto faculta al comitente a separarse del contrato por fallecimiento del empresario si sus herederos no dan fianza de la buena ejecución de la obra o del servicio.
El empresario es por lo común una entidad jurídica organizada para hacer construcciones, la cual es distinta de la persona que a su nombre y representación se obliga ante el comitente. Siendo así, mal puede el fallecimiento del que a nombre de la empresa la obligó, determinar la resolución del contrato.

Art. 1428. — Resolviéndose el contrato por fallecimiento del empresario, debe el comitente pagar a sus herederos el valor de las obras realizadas, en relación al precio pactado, y a reembolsarles los gastos soportados para la ejecución del remanente, pero sólo dentro de los límites en que las obras realizadas o los gastos soportados le son útiles.

El comitente tiene derecho a pedir la entrega, contra una indemnización adecuada, de los materiales preparados y de los planos en vía de ejecución, salvo las normas que protegen las obras del ingenio.

Ver: art. 1675 C. italiano. En principio la presente disposición no es una novedad legislativa, pues, reproduce el texto del art. 1643 del C. italiano de 1865, ya abrogado y el art. 1796 del C. francés, cuya substancia se halla reducida al último párrafo del art. 1642 del C. argentino.
Ampliada la redacción de los arts. 1796 francés y 1643 del italiano abrogado por el art. 527 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, fue ella adoptada por los compiladores del C. italiano de 1942, sin modificación alguna. En ella se inspira el art. 1769 del Anteproyecto de Bibiloni y el 1094 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Mira esta disposición a facilitar al comitente la continuación de la obra que quedó trunca por resolución del contrato, a raíz del fallecimiento del empresario. Con tal objeto se le faculta al comitente a pedir a los herederos del empresario la entrega de los materiales preparados y los planos de la obra en vía de ejecución, salvo las normas que protegen las obras del ingenio.

Art. 1429. — Aquellos que dependiendo del empresario, han aportado su actividad para ejecutar la obra o para prestar el servicio, pueden promover acción directa contra el comitente para cobrar lo que les debe el empresario, hasta la concurrencia de lo que al tiempo de la promoción de su demanda adeuda a éste el comitente.

Ver: art. 1676 C. italiano. Auxiliar es aquel de cuya obra se vale el deudor en el cumplimiento de su obligación. No es un dependiente ,aun temporal, o empleado del empresario, sino un colaborador. Mas dado el carácter orgánico de la empresa, dice Messineo, no es posible, al tercero perjudicado, distinguir cuándo la culpa sea del empresario y cuándo sea del auxiliar; y además desde el punto de vista de la solvencia, para el perjudicado es más fácil tener que vérselas, a los efectos del resarcimiento, con la empresa que con el auxiliar (ver autor y opus cit. t. IV, parág. 114, 3 bis, pág. 236).
Mas de lo que ahora se trata no es la acción de indemnización de los terceros perjudicados por los auxiliares del empresario, sino de lo que éste les adeuda y de la acción directa que la ley les confiere contra el comiente para cobrar el importe de la cooperación, que a aquél prestaron, no sólo como trabajadores manuales, sino también como empleados, dentro de los límites de lo adeudado por el comitente al empresario, al tiempo de la promoción de su demanda.
La acción no es subrogatoria u oblícua. Mas nada obsta a que los auxiliares la ejerzan, si concurren los presupuestos de dicha acción.

Son destituídos de la acción directa el subcontratista, los proveedores y encargados del subcontratista, quienes tienen acción directa contra el empresario como comitente del subcontratista.

Art. 1430. — Si el contrato de empresa tiene por objeto prestaciones continuadas o periódicas de servicios, se observarán, en cuanto sean compatibles, las normas del presente Título y las relativas al contrato de suministro.

Ver: art. 1677 C. Italiano. No siempre el contrato de empresa es de ejecución continuada. La ley contempla el caso de que lo sea, hipótesis en la cual se observarán los preceptos de este Título y las normas del contrato de suministro (arts. 1261 a 1272).
La diferencia entre el contrato de empresa y el de suministro consiste en que el elemento del primero es el facere, y es retribuído por sus resultados; al paso que el del segundo es el dare; la dación de cosas, que se estiman y pagan según el precio de las prestaciones singulares, como está dispuesto por los arts. 1263 y 1264.
La afinidad entre ambos contratos es la continuidad o periodicidad, como es propio del servicio telefónico a domicilio, en el cual, la continuidad de la prestación del empresario que proporciona el aparato receptor, es elemento del suministro, mientras el servicio en sí es elemento peculiar del contrato de empresa (ver Messineo, opus cit. t. V, parág. 146, 6— A, pág. 207).

TITULO XVII

DEL CONTRATO DE EDICION

Capítulo Unico

Art. 1431. — El contrato de edición es aquel por el cual el autor de una obra literaria o artística, o sus habientes causa, se obligan a cederla a un editor, quien, a su vez, se obliga a reproducirla en un número más o menos considerable de ejemplares y difundirlos por su venta al público.

Ver: Art. 380 C. federal suizo de las Obligaciones; 1346 C. brasileño; 1164 y 1165 C. austriaco; 76 de la Ley de Introducción del C. Civil del Imperio alemán y arts. 1, 10, 11, 30, 31 de la Ley alemana de edición; 1665 C. peruano.

Aún siendo el contrato de edición una figura jurídica estructurada en consideración al género de relaciones civiles nacidas de la actividad industrial de la imprenta aplicada a la estampación de obras literarias, científicas y artísticas, negocio nada nuevo, por cierto, escasos son los códigos civiles que le han dado carta de ciudadanía, fuera de los mencionados arriba. Llama singularmente la atención que, siendo la Argentina una de las naciones de habla hispana de más fecunda producción editorial, esté en blanco en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936 el sitio que en ambas obras legislativas correspondía al contrato de edición.

El legislador suizo confirió a este contrato un lugar inmediato al de empresa, por la similitud de las obligaciones contractuales del empresario y del editor: de ejecutar, el primero, la obra que se le ha encomendado; y de publicar y poner en venta, el segundo, la obra mecánicamente estampada en sus talleres, montados y organizados, por lo regular, también como una empresa.
Mas ambos contratos son distintos. Como ya lo hemos dicho, el de empresa tiene por objeto un opus o un servicio, que son fines de creación, al paso que en el de edición, el creador no es el editor, sino el autor y propietario intelectual de la obra, reduciéndose la actividad del editor a estampar o reproducir tipográficamente los originales recibidos del escritor, literato o artista, y ponerla en venta.
Puede el editor asumir la obligación de correr con todos los gastos de la impresión de la obra, sin perjuicio de compartirlos con su autor, si así lo conviniesen.
No es de la esencia de este contrato la fijación de los derechos de autor. Puede éste ser quien cargue con todos los gastos de edición y de venta, asegurándose por su cuenta un margen de utilidad, que percibirá por cada venta que haga.
El contrato de edición se diferencia del de venta en que el autor de la obra no enajena definitivamente sus derechos a favor del editor, a quien solo transfiere su uso por un cierto tiempo y bajo condiciones determinadas.
La prestación a cargo del editor no consiste en el pago de una suma de dinero, sino en la obligación de estampar la obra y venderla al público.
Nada obsta a que entre el autor y el editor se celebre un verdadero contrato de venta, el cual tendrá lugar si el primero transfiere al segundo por un precio cierto en dinero su propiedad o derechos de autor sobre la obra, sin obligarse el editor a reprucirla y venderla al público.
Si la edición se hace por cuenta del autor y con derecho del editor a una comisión de venta, el contrato revestirá caracteres conjuntos del contrato de empresa y del mandato.
También se distingue el contrato de edición del contrato de mandato, en cuanto el mandatario sólo puede obrar por cuenta de su mandante, cumplir sus instrucciones y obrar en su interés, al paso que el editor obra siempre en su propio y personal interés, por su propia cuenta, como hombre de negocios independiente.
Pueden darse, sin embargo, relaciones de mandato entre el autor y el editor, como ocurra en el contrato de edición en comisión, el cual es un mandato especial por virtud del cual el comisionista se obliga a administrar en nombre personal y por cuenta del autor.
Analogías existen entre el contrato de edición y la sociedad, pues, persiguiendo autor y editor un fin común, se da en el primero la entrega que hace el autor al editor del resultado de su actividad intelectual, y el editor asume los gastos de impresión y de distribución de la obra. El fin común perseguido por ambas partes es la venta de la obra.
Se diferencia el contrato de edición de la sociedad, porque siendo ésta de sólo dos personas, se disuel-

ve por el fallecimiento de una de ellas, al paso que el de edición no se disuelve por dicha causa.
En la sociedad las ganancias y las pérdidas son soportadas en común por las partes, al paso que en el contrato de edición, los derechos de autor son fijados por anticipado y las pérdidas eventuales son exclusivamente soportadas por el editor. Pueden, sin embargo, las partes concebir una verdadera sociedad para la edición de una obra.
La cesión que por el contrato de edición hace el autor de una obra al editor no confiere a éste un derecho de disposición absoluto. En efecto, el editor no puede alterar ni la forma, ni el valor de la obra cedida, porque el autor no ha enajenado las esperanzas de éxito y de renombre que él ha podido alimentar sobre la base de la publicación de su trabajo. El autor podrá exigir que su obra sea publicada exactamente como él la concibió, sin modificaciones, correcciones o supresiones no consentidas por él. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, pág. 647 a 652; Rossel, opus cit. t. I, Nº 701, pág. 462).

Art. 1432. — El contrato transfiere al editor los derechos de edición del autor o sea sus derechos a la estampación, reproducción y venta al público, por todo el tiempo que la ejecución de la convención lo exija.
El cedente de sus derechos de edición debe gozar al tiempo de la celebración del contrato de la capacidad de disponer con ese objeto de sus derechos de autor, y de garantizar su propiedad intelectual sobre la obra.
Si todo o parte de la obra ha sido ya cedida a otro editor, o si ella ha sido ya publicada, debe el cedente informar de ello a la otra parte antes de concluír el contrato.

Ver art. 381 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1666 C. peruano.
Los derechos que el autor de la obra cede por el contrato de edición al editor son los de disponer de ella para su publicación y venta al público, de suerte que siendo así, queda aquél privado de dichos derechos por todo el tiempo de duración del contrato. Desde entonces sólo el editor puede ejercer el derecho de propiedad sobre la obra, derecho que no debe confundirse con la propiedad intelectual que el autor conserva, y en virtud del cual puede hacerla respetar, y perseguir a sus falsificadores.
Nuestro artículo, como su fuente, exige que el autor de la obra goce de los derechos de tal al tiempo de la celebración del contrato de edición, porque sólo así tendría la capacidad de disponer de dichos derechos y garantizar al mismo tiempo su propiedad intelectual sobre la obra.
En el Paraguay los derechos de autor se hallan protegidos por la Ley Nº 94 y entre las naciones signatarias del Tratado sobre propiedad intelectual ajustado en Montevideo a 4 de agosto de 1939, por las estipulaciones de este convenio, ratificado por ley paraguaya nº 266 del 19 de julio de 1955. Siendo así, el plazo de duración de la protección legal es el fijado por la ley de origen.
Este plazo varía según el sistema adoptado por cada legislación.
Así, por la Convención Internacional de Berna la protección dura por toda la vida del autor y cincuenta años después de su fallecimiento.
Sobre los disitntos plazos fijados por cada país, ver: Isidro Satannowsky, Derecho Intelectual, t. II, nº 423, pág. 126 y ss.
El derecho de autor es cesible y puede ser heredado.
Por su contrato pueden las partes limitar la edición no sólo en el tiempo, sino también a un territorio determinado, o a un número fijo de ejemplares, o al modo de hacer su estampación. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, pág. 652 y ss.).

Art. 1433. — En tanto no se hayan agotado las ediciones que el editor tiene el derecho de hacer, no podrá el autor ni sus habientes causa disponer de todo o en parte de la obra.
Los artículos de diario y los artículos aislados, de poca extensión insertos en una revista podrán siempre ser reproducidos en otra parte por el autor y sus habientes causa.
Los trabajos que hacen parte de una obra colectiva o los artículos de revista de una cierta extensión no pueden ser reproducidos por el autor ni por sus habientes causa antes de la expiración de un plazo de tres meses desde el momento en que la publicación ha sido hecha.

Ver: Art. 382 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1669 y 1670 C. peruano.
El presente artículo no es de derecho imperativo. Pueden las partes convencionar libremente que el derecho de edición se extinguirá al cabo de un plazo determinado, después de la aparición de la obra. Vencido este plazo, podrá el autor disponer nuevamente de su obra, sin consideración a los ejemplares que restan en poder del editor.
Los artículos de periódicos y los pequeños estudios publicados en ellos, escapan a la prohibición del parágrafo 1º. Aún los terceros pueden reproducirlos con tal de indicar su fuente. Sus autores no pueden prohibir su reproducción, a menos que sean de gran extensión. En la duda, enseñan Schneider y Fick, se debe admitir que el trabajo es de poca extensión.
Obras colectivas son aquellas escritas con la colaboración de varios autores, como los diccionarios enciclopédicos, los almanaques, calendarios, anuarios. Ejemplo de una obra jurídica así escrita es la versión francesa del Código C. alemán; —hecha por Bufnoir, Challamel, Drioux, Geny, Léviy— Ullman y Saleilles; el **Commentario** del **Codice Civile** italiano de 1942, hecho por Luigi Lordi, Ernesto Eula, Carlo Giannattasio, Alberto Asquini, Giacomo Russo, Antonio Manca, Gino de Genaro y Franco Lancellott, bajo la dirección de Mariano D'Amelio y Enrico Finzi, editada por Barvera, en Firenze; la obra de Baudry Lacantinerie, escrita con la colaboración de Chéneaux y Bonnecarrere; Chauveau, Wahl, Houques Fourcade, Colin, Courtois y Surville; Saignat, Tissier, y Loynes; su **Supplément**, escrito por Julien Bonnecase; y finalmente el **Traité Pratique de Droit Civil Francais** de Planiol y Ripert, escrito con la colaboración de Rouast, Picard, Maury y Vialleton; Savatier, Trasbot, Esmein, Radouant y Gabolde, Nast, Hamel y Perreau, Lepargneur, y Becqué.
No ha vuelto a repetirse en nuestros días obras de tanto aliento como las que en el pasado escribieron sobre derecho civil: Domat y Pothier, Demolombe, Laurent, Duraton, Demante y Colmet de San Terre, Aubry y Rau, Marcudé y Pont, Guillarand, Huc, etc., y sobre el Derecho Comercial, Lyon-Caen y Renault; Bravard-Veyrieres, con notas de Demangeat, Delamarre y Le Poitvin; Alauzet; Pardessus etc.; como si la intolerable agita-

ción de la vida moderna fuese nada propicia a la consagración total de toda una vida a la fecunda producción intelectual de los grandes jurisconsultos de mediados del siglo XVIII.
Aún cuando las distintas partes de una obra escrita en colaboración procedan de diversos autores, existe entre ellas una cierta unidad que tiene por consecuencia un derecho de autor especial, que pertenece a la persona a quien se haya indicado como director de ellas, y en su defecto, al editor. Ultimamente se ha iniciado en el Río de la Plata la publicación de cierta enciclopedia jurídica estructurada a modo de diccionario en cuyas páginas se insertan colaboraciones singulares de autores que firman sus trabajos. En ese caso, cada autor tiene un derecho de autor sobre su colaboración y el director o el escritor de la obra colectiva no tiene el derecho a publicarla bajo otra forma, como monografías, por ejemplo. Mas por aplicación del último parágrafo del presente artículo, cada colaborador o sus habientes causa, podrían reproducir su trabajo, pasados tres meses desde la publicación de la obra (ver Schneider y Fick, opus cig. t I, pág. 656).

Art. 1434. — Si el contrato no determina el número de ediciones autorizadas, no podrá el editor publicar más de una.
Salvo estipulación en contrario, libre es el editor, por cada edición, de fijar el número de sus ejemplares, pero está obligado, si la otra parte le exige, a imprimir al menos un número suficiente para dar a la obra, una publicidad conveniente. Una vez terminada la primera tirada, no podrá el editor hacerla de nuevo.
Si la convención autorizare al editor a publicar varias ediciones de una obra, y descuidáse publicar una nueva cuando se hubiere agotado la anterior, podrá el autor o sus habientes causa pedir al juez que le fije plazo para la publicación de una edición nueva, bajo pena de perder el editor su derecho.

Ver: art. 383 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1673 y 1676 C. peruano; 1352 C. brasileño; 589 parágrafo único C. portugués.
La ley no establece el número de ejemplares de cada edición. Mas desde que termina la tirada no puede el editor hacer una segunda o una tercera edición, para aumentar la cifra que debe corresponder a la primera. Toda tirada posterior se considerará nueva edición.
El editor que, autorizado por el autor a hacer varias ediciones o todas las ediciones, descuidase publicar una nueva cuando se hubiere agotado la anterior, se expondría a la fijación de un plazo por el juez a petición de la otra parte, bajo pena de perder su derecho a hacer las ediciones siguientes.
Bevilaqua dice a propósito del art. 1352 del Código brasileño que incurriendo el editor en violación del contrato, cabría una acción de daños y perjuicios contra él, por aplicación del derecho común. Mas, la naturaleza de la relación jurídica, agrega, pedía una solución distinta, cual es la simple pérdida del derecho del editor, tal como lo estatuye el art. 383 parág. 3º del C. Federal suizo de las Obligaciones (ver autor y opus cits. t. V, pág. 101).
A lo que parece, incurre Bevilaqua en un sensible error, pues, contrariamente a su parecer enseñan Schneider y Fick que debe estarse en este caso a lo establecido en las notas 79 a 81 al art. 380, sobre la acción de cumplimiento y de daños y perjuicios (ver autores y opus cits. t. I, nota 1, pág. 658).
Y en las notas 79 a 81 sobre el art. 380, enseñan que el editor que no cumple su obligación de publicar la obra del autor, deberá indemnizarle en primer lugar por los honorarios o derechos de autor que éste ha dejado de percibir sobre la base de los ejemplares previstos, y en segundo lugar por el perjuicio que le causa que sus talentos no sean conocidos del público.
Perdido por el editor sus derechos, reasume el autor los suyos y puede, con autorización del juez, transferirlos a otro editor (ver autores y opus cits. t. I, notas 79 y 80, pág. 651 y ss).

Art. 1435. — El editor está obligado a reproducir la obra en forma conveniente, sin ninguna abreviación, adición o modificación. Debe igualmente costear los anuncios necesarios de prensa y proveer las medidas habituales enderezadas al éxito de la venta.
El editor fija el precio de venta de la obra, sin poderlo elevar al extremo de limitar su circulación.

Ver: arts. 384 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1677 y 1678 C. peruano; 1357 y 1358 C. brasileño.
El interés del autor, dice Bevilaqua, pide la difusión de la obra; el del editor consiste en obtener un margen de utilidad que le permita hacer efectivo los derechos de autor prometidos a aquél. Ambos intereses deben conciliarse. Si el editor, en ejercicio de su derecho, fija a la obra un precio abusivo podría limitar la circulación y negociación de la obra, en perjuicio del autor, quien en tal caso podría pedir al Juez que fije el precio de ella.
Las únicas modificaciones que serían permitidas al editor son las correcciones del texto que el autor no podría de buena fe rechazar, como son las de las faltas ortográficas, o de acentuación, puntuación, etc.
El editor debe enviar al autor las pruebas de galera y de páginas cuya corrección se haya él reservado.
La devolución de las pruebas de página sin corrección alguna, supone autorización de imprimir.

Art. 1436. — El autor conserva el derecho de introducir correcciones en su obra con tal que ellas no perjudiquen los intereses o aumenten la responsabilidad del editor. Si a consecuencia de ellas impusiere gastos imprevistos al editor, debe resarcirle el perjuicio.
El editor no puede hacer una nueva edición sin haber puesto, previamente, al autor en condiciones de mejorar su obra.

Ver: art. 385 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1671 parág. 1º C. peruano; 1350 C. brasileño.

El derecho de corrección conferido al autor, es personalísimo, inherente a él, como creador, de modo que siendo así no pasa a sus habientes causa.
Las correcciones permitidas al autor son las de estilo; las que completan las fuentes de información; la indicación de nuevos libros aparecidos con posterioridad a la primera edición sobre el mismo tema. Las que se aparten del original o excedan las proporciones ordinarias, son a cargo del autor. Debe reembolsar al editor los gastos ocasionados por la composición nueva; y si a causa del retardo se ha visto el editor trabado en las ventas, tendría que indemnizarle las ganancias perdidas.

Art. 1437. — El derecho de publicar separadamente distintas obras del mismo autor no importa el de publicarlas unidas en un mismo volumen. Del mismo modo, el derecho de editar las obras completas de un autor, o una categoría de sus obras, no implica el de publicar por separado las distintas obras comprendidas en ellas.

Art. 386 C. Federal suizo de las Obligaciones. Sin correspondencia en los otros códigos.
El presente artículo, como su fuente, es una aplicación del principio según el cual el editor no puede usar de su derecho sobre ediciones de conjunto sino en la forma y con el fin para el cual el derecho de editar le ha sido expresamente transferido.
El autor no puede publicar una edición de conjunto de sus obras sino con las condiciones establecidas por el art. 1437 de este Código.

Art. 1438. — La cesión del derecho de edición no se presume gratuita. Toda cesión supone que el cedente goza de derecho de autor, cuando las circunstancias no permiten conjeturar que él ha entendido renunciar a toda remuneración.
El monto de los derechos de autor es fijado por el Juez, oído el dictamen de peritos, si en el contrato no se lo hubiere estipulado.
Si el editor tiene derecho a hacer varias ediciones, las estipulaciones relativas a derechos de autor y, en general, las distintas condiciones fijadas para la primera edición, se presumen aplicables a cada una de las siguientes.

Ver: art. 388 C. Federal suizo de las obligaciones; 1353 C. brasileño; 1674 C. peruano.
En principio, el editor debe al autor una retribución que los suizos llaman "honorarios", pero que en esta parte de América recibe el nombre de "derechos de autor", sea que consista en una suma fija por la publicación de todas las ediciones de la obra; sea en una cierta suma por una edición; sea en un tanto por ciento sobre el precio de venta de cada ejemplar de la obra.
En algunas naciones, incluso americanas, los autores son pagados a tanto por línea, o por página, o por cada hoja impresa.
Los peritos deben tener en cuenta la importancia de la obra, los gastos de edición, el precio de cada ejemplar y el monto de las ventas.
Los trabajos que los escritores noveles o recién iniciados envían a la redacción de los diarios, no son, por lo general retribuídos.

Art. 1439. — Los derechos de autor son exigibles en los plazos fijados por el contrato. Si éstos no fueren fijados por las partes, ellos serán exigibles desde que la obra entera o, si ella apareciera por parte (volúmenes, fascículos, pliegos, etc.) desde que cada parte se haya impreso y pueda ser vendida.
Si los contratantes convinieren en hacer depender los derechos de autor en todo o en parte del resultado de la venta, debe el editor establecer su cuenta de venta y suministrar al autor los comprobantes respectivos.

Ver: art. 389 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1675 C. peruano; 1354 C. brasileño.

Art. 1440. — Cuando la obra, después de entregada al editor, se perdiere por caso fortuito, no estará obligado el editor a pagar derechos de autor.
Si éste poseyere una copia de la obra destruída, debe ponerla a disposición del editor. Si no la poseyere, deberá rehacerla si el trabajo es relativamente fácil.
Si en ambos casos el editor es culpable de la pérdida de los originales, deberá al autor los daños y perjuicios resultantes de la no publicación de la obra.

Ver: art. 390 C. Federal suizo de las Obligaciones.

Art. 1441. — Si, antes de ser puesta en venta, la edición ya prepara-

da por el editor se destruyere en todo o en parte por caso fortuíto, tendrá el editor derecho a rehacer a su expensas los ejemplares destruídos, sin que el autor ni sus habientes causa puedan pretender nuevos derechos de autor.
El editor está obligado a reemplazar los ejemplares destruídos, siéndole posible hacerlo sin gastos excesivos.

Ver: art. 391 C. Federal suizo de las Obligaciones.

Art. 1442. — El contrato se extingue si, antes de la terminación de la obra, el autor falleciere, deviniere incapaz o se encontrare sin su culpa en la imposibilidad de terminarla.
Excepcionalmente, si la subsistencia total o parcial del contrato es posible y equitativa, podrá el juez autorizar y prescribir las medidas que juzgue necesarias para que otro la termine.
En caso de quiebra del editor, el autor o sus habientes causa podrán entregar la obra a otro editor, a menos que éste no reciba garantías por el cumplimiento de las obligaciones todavía no vencidas al tiempo de la declaración de quiebra.

Ver: art. 392 C. Federal suizo de las Obligaciones.
Por nuestro derecho las personas capaces devienen incapaces sólo por interdicción, o sea, por su sumisión a una representación necesaria, y también por desaparición de su domicilio con presunción de fallecimiento. Mas, los juristas suizos, sin excluír esta noción de la incapacidad, juzgan que la hay a los efectos del presente artículo, por la simple pérdida de la inteligencia; por un aumento de trabajo que importaría incapacidad intelectual. Entre los otros motivos que pueden imposibilitar al autor a terminar su obra se mencionan un largo servicio militar en la frontera, las ocupaciones importantes y urgentes al servicio del Estado, una enfermedad, un accidente.
La subsistencia total o parcial del contrato de edición extinguido antes de su terminación por fallecimiento de su autor, o por tornarse incapaz etc. supone que el juez ha confiado la prosecución de la obra a otra persona, lo cual será posible si se trata de un estudio estadístico o sobre una empresa determinada, pero no si se trata de la crítica de una obra científica o de una novela, pues, en obras de esta índole nada es tan importante como el estilo y las maneras de exponer del escritor.
Si es el propio autor de la obra el que la inutilizó haciendo imposible por su propia culpa su terminación, deberá indemnizar al editor los daños y perjuicios por incumplimiento del contrato.
Si el propio autor es el que quiebra, antes que la edición de su obra haya terminado, la masa no podrá sucederle en sus derechos y obligaciones, porque sólo él podría terminarla.
Tampoco el síndico de la quiebra podría celebrar un contrato de edición de la obra del quebrado, porque sólo el autor tiene el derecho de decidir si quiere publicarla o no.

Art. 1443. — Cuando uno o varios autores se obligan a escribir una obra de acuerdo con un proyecto trazado por el editor, no podrán ellos pretender sino la retribución que hubieren convenido. Los derechos de autor pertenecerán en tal caso al editor.

Ver: art. 393 C. Federal suizo de las Obligaciones.
El presente artículo contempla, no un contrato de edición, sino las relaciones nacidas entre el editor y un grupo de autores contratados por él para escribirle una obra de acuerdo con el proyecto que él habría elaborado.
Estas relaciones podrían ser, según el caso, de contrato de empresa ó de mandato, pero no de edición.
El editor no estará obligado a publicar la obra. Considerado autor de ésta, podría modificarla.

TITULO XVIII

DEL MANDATO

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1444. — Contrato de mandato es aquél por el cual el mandante confía al mandatario el encargo que éste acepta de administrar uno o varios negocios o de cumplir uno o varios actos o hechos lícitos en interés del poderdante.

La aceptación del mandato puede ser tácita y resultar de la ejecución del encargo recibido del mandante.

Las disposiciones del presente Título se aplican a los trabajos que no están sometidos a disposiciones legales relativas a otros contratos.

Ver: sobre los dos primeros parágrafos, el art. 566 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, literalmene reproducido por el art. 1789 del Anteproyecto de Bibiloni, y modificado, sin mucho acierto, por el art. 1101 del Proyecto argentino de 1936.

Sobre los parágrafos 3º y 4º, ver el art. 394 del C. Federal suizo de las Obligaciones, el cual a su vez, se inspira en los arts. 662 y 675 del C. Civil alemán y el 354 inc. 3º del Código alemán de Comercio.

Nos apartamos de la definición del art. 1101 del Proyecto argentino de 1936 por el que se estatuye que "hay mandato cuando una persona acepta de otra poderes para representarla en el manejo de sus intereses o en la ejecución de ciertos actos", con que se insiste en el error del art. 1869 del C. argentino, según el cual el mandato es un contrato de representación, concepto repetido en la nota al art. 1871, reproducción de un texto de Zachariae, para quien "el rasgo característico y distintivo del mandato es la función representativa del mandatario y nada más".

Llama la atención esta obstinación o porfía en mantener un error de doctrina que Bibiloni había señalado en la substanciosa y larga apostilla al título del Mandato, al decir que: "Nada de todo eso es cierto. El mandato y la representación son cosas no conexas e implican nociones diversas. Hay mandato —agrega— como contrato, sin representación de ningún género. El mandatario procede sin invocar poder de persona dada. El acto jurídico se forma en cabeza de él, y el tercero no entiende engendrar relaciones jurídicas sino con él. Si para desligarse de lo que se ejecutó con el mandatario, éste invocase representación, su co-contratante declinaría esa eliminación y con toda razón diría que no ha entendido tratar sino con quien lo hizo en su nombre y por su derecho. El art. 1929 nos lo dice en término precisos (ver autor y opus cits. t. II, pág. 389, edición Kraft).

Prosiguiendo nuestro autor en esa apostilla sin desperdicios agrega que: "el mandato es un contrato, y la representación puede constituirse por otras relaciones no contractuales, o en que hay conexiones más extensas que la de un encargo y que constituyen su objeto principal —la sociedad por ejemplo, que es mucho más que un encargo de gestión por cuenta de un socio— es que la representación se considera como una institución genérica independizada de sus causas un efecto abstracto de relaciones diversas generadoras".

Todo esto y algo más hemos expuesto bajo el Nº 189 de nuestro tratado de las Obligaciones (t. I, pág. 155 y ss.).

En la comisión hay mandato sin representación, como en la tutela y la curatela y en los poderes de los padres en relación a sus hijos menores hay representación sin mandato.

Esta sensible confusión de dos institutos del Derecho procede, a lo que parece, de la concepción francesa del mandato, según así se advierte del texto de los arts. 1984 del C. de Napoleón; 1318 C. portugués; 1829 C. holandés; 2954 C. de Luisiana; 2051 C. uruguayo; 1288 C. brasileño; 1332 C. boliviano; 1640 C. peruano; 1709 y 1717 C. español; 2116 y 2151 C. chileno; 2142 y 2177 C. colombiano; 2139 y 2174 C. ecuatoriano; 1684 y 1691 C. venezolano; 2184 C. guatemalteco; 3304 C. nicaraguense; 1888 y 1896 C. hondureño; 2546 y 2561 C. mexicano, todos inspirados en el principio según el cual lo que caracteriza al mandato es la representación, como se lee en las obras de los autores franceses (ver: Pothier, **Traité du Contrat de Mandat**, Secc. II, In Oeuvres, t. V, pág. 172, 2ª edición; Aubry y Rau, opus cit. t. VI, parág. 410 b), pág. 155, 5ª edición; Pont, In Marcadé, opus cit. t. VIII, Nº 823, parág. 1º, pág. 412; Planiol, opus cit. t. II, Nº 2231, pág. 719, 9ª edición; Huc, opus cit. t XII, Nº 2, pág. 7; Wahl In Baudry Lacantinerie, t. XXIV, Nº363, pág. 175; Guillouard, **Traités des Contrats Aléatoires & du Mandat**, Nº 7, pág. 323, 2ª edición; Rouast, Savatier y Lepargneur, in Planiol y Ripert, t. XI, Nº 1427, pág. 765; Laurent, t. XXVII, Nº 333, pág. 374; Duranton, opus cit. t. XVIII, Nº 198, pág. 174, 4ª edición; Demante y Colmet de Santerre, opus cit. t. VIII, Nºs 201 bis. IV y 201 bis V., pág. 191; Colin y Capitant, opus cit. t. IV, Nº 734, pág. 666, versión castellana con notas de De Buen etc.; y de los autores americanos, Bevilaqua, opus cit. V, **Observacoes**, pág. 28).

Los pandectistas germanos nunca consideraron la representación como esencial del mandato (ver Windschied, opus cit. t. II, parág. 409, texto y nota 1 y 2 de Fadda y Bensa, pág. 579; Enneccerus, Derecho de Obligaciones, t. II, parág. 157 pág. 320).

El contrato de mandato puede tener por objeto no sólo la realización de actos jurídicos en el interés del mandante, sino también hechos jurídicos, como la reparación gratuita de un edificio o la gestión de bienes. Lo importante es que el negocio encomendado al mandatario sea extraño al interés de éste, lo que no excluye la posibilidad de que el mandante haya tenido en vista, al otorgar el mandato, el interés del mandatario o de un tercero, casos en los cuales sólo se trataría de un consejo dado sin responsabilidad, como lo preceptúa el art. 676 del C. alemán.

El contrato de mandato es consensual y bilateral, sinalagmático imperfecto, porque si la prestación fuese gratuita carecería de contraprestación a cargo del mandante. El mandato del derecho moderno no se presume gratuito, como se lo presumía por Derecho romano.

Queda así explicado el parágrafo 3º de nuestro artículo, según el cual: "Las reglas del mandato se aplican a los trabajos que no están sometidos a las disposiciones legales relativas (o que rigen) a otros contratos" (ver: Rossel, opus cit. t. I, Nº 724, 474).

Conforme con nuestro artículo, el 1703 del C. italiano, muy aproximado, en su redacción, al 566 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; el 498 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia y los arts. 528 y 529 del Código Civil de la República de China. Y dado que por el presente Código se lleva a cabo la unificación interna del Derecho privado, y se borra, en consecuencia, la línea demarcatoria entre los códigos civil y mercantil, mira nuestro art. 1444 a suprimir la distinción del mandato civil y del mandato comercial en virutd de la cual le era dado al mandatario mercantil ejecutar el mandato sin invocar la representación de su comitente, como obrando en negocio propio, caso llamado de comisión. Mas suprimida esa distinción, el deber del mandaterio de realizar los actos dependientes del mandato, es común al mandatario con representación y al mandatario sin representación. En este último caso, dice Messineo, aun en ausencia de todo poder (de representación) en la persona del mandatario mismo, éste debe, precisamente y sólo porque es mandatario, realizar actos jurídicos por cuenta del mandante (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 155, Nº 3, pág. 39).

Art. 1445. — El poder de representación es conferido por la ley o por el interesado.

La validez de la representación voluntaria se subordina a la condición de que el representado sea legalmente capaz de disponer de sus bienes o gravarlos de derechos reales y que el negocio no le sea prohibido.

El que administre sus bienes podrá encargar a otro de ello, encargo que se ejercerá con las mismas limitaciones impuestas a la capacidad de aquél.

Sobre el parágrafo 1º, ver; art. 1387 C. italiano; 1161, y 30 del Proyecto italofrancés del C. de las Obligaciones y los contratos.
La representación, enseña Colagrosso, es aquella situación jurídica, por la cual alguien realiza una declaración de voluntad para la consecución de un fin, cuyo destinatario es otro sujeto, y de esta manera hace conocer al tercero (a quien la declaración de voluntad se dirige) que él obra en interés de otro, con la consecuencia de que todos los efectos jurídicos de la declaración de voluntad se proyectan, **activa y pasivamente**, a la esfera jurídica del representado.
La conquista de tal principio, agrega nuestro autor, ha permitido discriminar la representación de otros institutos afines, y principalmente, del **contrato de empresa** y del mandato, en cuanto por la primera de estas figuras se da una **actividad** (manual), mecánica, técnica o intelectual), **preparatoria o bien ejecutiva**, del negocio jurídico, **pero no declarativa ni exclusiva**; al paso que por la segunda, hecha la distinción entre el sujeto de la declaración de voluntad y el destinatario del fin, esta separación deviene una **relación interna** que el declarante no ha hecho conocer del tercero.
Una ulterior conquista, —continúa Colagrosso— consiste en la **autonomía de la representación** respecto del mandato, habiéndose aclarado cómo pudiendo la primera unirse a la segunda, no constituye un requisito esencial de ésta, que permita decir que en el mandato va siempre incluída la facultad de representar.
Además de las diferencias ya indicadas de la representación, el contrato de empresa y el mandato, deben destacarse las que la separan de otros institutos jurídicos afines.
Así, la representación directa es distinta de la **indirecta (mandato sin representación, comisión)**, en cuanto, por la primera se da una exteriorización del agere en nombre del representado **(contemplatio domini)**; al paso que por la segunda, la importancia jurídica está en la **relación interna**, en cuanto el representante indirecto está vinculado hacia el representado a transmitirle los efectos activos y pasivos de la actividad declarada, explicada hacia el tercero con quien ha obrado en nombre propio. En este sentido, el representante indirecto, es el simple conducto de hecho mediante el cual el representado entra en relación con el tercero.
La representación es también distinta de la **dirección o conducción de los negocios de otro**, que consiste en una simple actividad de dirección y no en una declaración de voluntad en relación a un tercero.
Se diferencia igualmente de la **autorización** que una figura identificada con el poder de disposición sobre los derechos del **autorizante**, ejercido en nombre propio y en el interés del propio **autorizado**.
Finalmente la representación es distinta de la **substitución** que consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo explicado en el interés propio para modificar una situación jurídica ajena: noción que ha sido transportada del campo del derecho procesal al del derecho material, y por la cual, junto a la **substitución procesal** puede encontrar un sitio en la **substitución contractual**.
La representación es constituída por la **procuración o poder** que consiste en un **negocio unilateral autónomo**, el cual sólo regula el lado externo de la relación respecto del tercero, por oposición al **negocio representativo** que regula el lado interno de los derechos y las obligaciones recíprocas entre representante y representado (ver autor cit., II Libro delle Obbligazioni, Parte Generale, pág. 364 y ss.).
Sobre la segunda parte de nuestro artículo, ver: Aubry y Rau, opus cit. t. VI, parág. 411, 2º pág. 162, 5ª edición y arts. 1894 y 1895 C. argentino; 1797 del Anteproyecto de Bibiloni; 1103 del Proyecto argentino de 1936; 1289 C. brasileño.

Art. 1446. — La representación voluntaria puede ser válidamente conferida a un menor de edad, mayor de diez y ocho años, que tenga capacidad de entender y de querer, tenida en cuenta la naturaleza y el contenido del contrato, siempre que el representado sea legalmente capaz.

En todo caso, para la validez del contrato concluído por el representante es necesario que el contrato no le esté prohibido al representado, quien quedará obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto a terceros con los cuales éste hubiere contratado.

Sobre el parágrafo 1º ver: arts 1389 C. italiano; 1E97 C. argentino; 1798 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1104 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 411, 2º, texto y nota 8, pág. 162, 5ª edición.

Art. 1447. — El menor que ha aceptado un mandato, puede oponer su nulidad a la acción del mandante por inejecución de las obligaciones del contrato, o por rendición de cuentas, salvo su acción por lo que el mandatario hubiere convertido en su provecho o por los actos ilícitos que hubiere cometido en el desempeño de la representación.

Ver: arts. 1898 C. argentino; 1793 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1104 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1990 C. francés; 1334 C. portugués; 1835 C. holandés; 2970 C. de Luisiana; 1716 C. español; 2128 C. chileno; 2154 C. colombiano; 2151 C. ecuatoriano; 2062 C. uruguayo; 1690 C. venezolano; 1298 C. brasileño; 1260 C. costarricense; 3301 C. nicaraguense; 1895 C. hondureño; 570 del Proyecto italofrancés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2868 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 411, texto y nota 10, pág. 163, 5ª edición; Delvincourt, t. III, pág. 239; Duranton, t. XVIII, Nº 212; Troplong, Nº 332 etc.

Art. 1448. — Si por vicios de la voluntad del representante o del representado se pretendiese la anulación del contrato, se estará a lo dispuesto en el art. 656.

Ver: arts. 1390 y 1391 C. italiano

Art. 1449. — El poder de representación no producirá efecto si no re-

vistiere las formas prescriptas para el contrato que el representante debe celebrar.

Ver: arts. 1392 C. italiano y 33 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Siendo así, el poder de celebrar en nombre de otro un acto para el cual la ley exige la forma auténtica debe ser otorgado en la misma forma. Si se trata de un acto para el cual es suficiente la firma privada, puede el poder ser dado bajo la misma forma aun cuando el contrato sea redactado en forma auténtica.
Nuestro artículo, como su fuente, decide una grave cuestión doctrinal suscitada acerca de la distinción entre "procuración" y "poder" o "mandato", tan enfáticamente sostenida por los pandectistas germanos, y trasladada al art. 167 del Código Civil alemán, según el cual "la declaración de poder no debe hacerse en la forma exigida por el acto jurídico que sea el objeto de ella".
La razón de esta decisión será explicada más adelante. Por el momento, bastará saber que los compiladores del código italiano de 1942, apartándose del enunciado principio germano, consideraron que el poder al que vulgarmente llamamos mandato o procuración es un elemento del negocio representativo, razón por la cual debe revestirse de las mismas formas a que el contrato se halla legalmente sujeto. Es lo propio de nuestro derecho notarial, como lo dispone el art. 733 del presente Código.
La procuración o poder del Código alemán es un acto jurídico esencialmente distinto de la relación de derecho en virtud del cual el representante es investido del derecho de obrar por el interesado principal: relación jurídica que generalmente es un contrato de mandato, pero que, según la misma doctrina, no debe confundirse con la procuración, considerada como una ratificación anticipada del interesado principal en el negocio.
La procuración se realiza bajo la forma de una declaración unilateral de voluntad directamente dirigida a los interesados, que son dos: el que debe obrar por otro y el tercero con el cual éste debe contratar. La procuración dirigida al que debe obrar por otro no necesita ser aceptada por el destinatario. Sólo el mandato debe ser aceptado, porque confiere el derecho de obrar por otro o en el interés de otro, al paso que la procuración sólo confiere el poder de representar a otro.
Como acto jurídicamente distinto y teóricamente independiente del acto en virtud del cual se confiere, la procuración no sólo halla su empleo en un mandato, sino también es un contrato de servicio (art. 1381), o en un contrato de sociedad o en otra relación análoga de derecho.
La extensión de la procuración depende del contenido de la declaración que la realiza. Es una cuestión de interpretación de la voluntad del declarante. Ella puede ser muy diferente de la extensión del mandato, como ocurriría si el mandato estuviese limitado por ciertas instrucciones especiales suprimidas en la procuración.
El Código alemán ha rechazado el sistema que para ciertos actos especiales, exige poderes especiales. (ver: Bufnoir, Challamel, Drioux, Gény, etc., Code Civil Allemand, t. I, nota al art. 167, pág. 211).

Art. 1450. — Si el mandatario efectúa en su propio nombre los actos de su encargo, no obliga al mandante respecto de terceros, aunque éstos tuvieran noticia del mandato. Este, sin embargo, puede exigir una subrogación judicial en los derechos y acciones que nazcan de los actos ejecutados y puede ser obligado por los terceros acreedores subrogados en los derechos del mandatario a llenar las obligaciones que de ellos resultan.

Ver: arts. 1929 C. argentino; 1705 C. italiano; 2151 C. chileno; 2177 C. colombiano; 2174 C. ecuatoriano; 2063 C. uruguayo 1307 C. brasileño; 401 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1645 C. peruano; 3331 parég. 1º C. nicaraguense; 2959 del Esboço de T. de Freitas; 1796 del Anteproyecto de Bibiloni; 1121 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1451. — El mandante puede reivindicar las cosas muebles adquiridas por su cuenta por el mandatario que ha obrado en nombre propio, salvo los derechos adquiridos por los terceros por efecto de la posesión de buena fe.

Si las cosas adquiridas por el mandatario son bienes inmuebles o bienes muebles inscriptos en registros públicos, el mandatario está obligado a retransmitirlos al mandante. En caso de incumplimiento, podrá el mandante demandarle por retransferencia de dichos bienes.

Ver: arts. 1706 C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior. Mas a lo que parece, esta novedad legislativa procede o está inspirada en el art. 401 del C. Federal suizo de las Obligaciones, según el cual, el derecho del mandante sobre los créditos que su mandatario adquirió por su cuenta pero en nombre propio, puede ejercerse aun contra la masa si el mandatario ha sido declarado en quiebra. La única diferencia entre este precepto y el art. 1706 del C. italiano consiste en que mientras según este artículo puede el mandante reclamar la retransmisión de los bienes inmuebles o muebles inscriptos en los registros públicos, el art. 401 del C. Federal suizo remite tal derecho a los preceptos del Código Civil, de suerte que siendo así, la reivindicación de las cosas adquiridas en su propio nombre por el mandatario, pero por cuenta del mandante, se limita a las cosas muebles, derecho que también puede ejercerse contra la masa fallida, salvo el derecho de ésta el derecho de retención que pertenece al mandatario.

Art. 1452. — Los acreedores del mandatario no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que, en ejecución del mandato, adquirió el mandatario en nombre propio, siempre que, tratándose de bienes muebles o de créditos el mandato resulte de escritura que tenga fecha cierta anterior al embargo, o bien que, tratándose de bienes inmuebles o de bienes inscriptos en registros públicos, sea anterior al embargo la transcripción de la escri-

tura de retransmisión o de la demanda judicial promovida con el objeto de conseguirla.

Ver: art. 1707 C. italiano. Por este precepto se fija la posición de los acreedores personales del mandatario respecto a los bienes muebles o de crédito que éste adquirió en nombre propio, pero en ejecución del mandato, siempre que el poder conste de escritura pública que tenga fecha cierta anterior al embargo trabado por aquellos acreedores; o si tratándose de bienes inmuebles o muebles inscriptos en los registros públicos, la escritura de retransmisión sea anterior al embargo o a la demanda judicial promovida por los mismos acreedores.

Art. 1453. — El mandato puede ser tácito. Resulta de los hechos inequívocos del mandante, así como también de su inacción o silencio, o de no impedirlo si podía hacerlo, cuando sabe que alguno está ejecutando actos de gestión que le conciernen, o invocando su representación.

La prueba del mandato está sometida a las reglas generales de prueba de los hechos jurídicos.

Ver: art. 1874 C. argentino; 2896 parágs. 1º y 3º del Esboço de T. de Freitas; 1290 parág. 1º C. brasileño; 1985 C. francés; 2958 C. de Luisiana; 1710 C. español; 662 y 663 C. alemán; 395 C. Federal suizo de las Obligaciones; 501 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 530 Código Civil de la República de China; 2124 C. chileno; 2150 C. colombiano; 2146 y 2147 C. ecuatoriano; 2053 C. uruguayo; 1334 C. boliviano; 1630 y 1631 C. peruano; 1685 C. venezolano; 1252 C. costarricense; 3294 C. nicaraguense; 1889 C. hondureño; 2188 C. guatemalteco; 2856 del Esboço de T. de Freitas; 566 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1792 del Anteproyecto de Bibiloni; 1101 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Bien podíamos haber omitido el presente artículo, como está omitido en el Código italiano de 1942, por el que se eliminó el art. 1738 del Código de 1865, dado que a juicio de los compiladores del nuevo Código bastan los principios generales para admitir el mandato tácito. Así, los arts. 515 a 517 del presente Código son decisivos a este respecto. A mayor abundamieno, el art. 1017 parág. 2º; legitima la perfección de todo contrato por inclusa la tácita manifestación concordante de la voluntad de las partes y el art. 1022 consagra la presunción de la aceptación tácita del contrato.

Si, no obstante estos antecedentes, conservamos la substancia del art. 1874 del Código argentino, se comprenderá que sólo lo hacemos por obsecuencia a la tradición, de igual modo que lo hacemos con otros preceptos de la misma procedencia.

Art. 1454. — Se presume aceptado el mandato cuando aquel a quien se propone, recibe una procuración para llenarlo, o los objetos o valores que se refieren a él, sin declinar el ofrecimiento.

Si el negocio encargado al mandatario fuere de los que por su oficio o su modo de vivir, acepta él regularmente, aun cuando se excuse del encargo, deberá tomar las providencias conservatorias urgentes que requiera el negocio que se le encomienda.

Ver: arts. 1876, 1877 y 1878 C. argentino; 1793 del Anteproyecto de Bibiloni; 1102 del Proyecto argentino de 1936; 2900, 2901 del Esboço de T. de Freitas y los códigos citados en la nota anterior.

Art. 1455. — El mandato puede tener por objeto uno o más negocios de interés exclusivo del mandante, o del interés común del mandante y mandatario, o del interés exclusivo de un tercero; pero no en el interés exclusivo del mandatario.

Ver: arts. 1892 C. argentino; 2874 y 2875 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2120 C. chileno; 2146 C. colombiano; 2143 C. ecuatoriano; 2060 C. uruguayo; 3304 C. nicaraguense; 1794 del Anteproyecto de Bibiloni; 1105 del Proyecto argentino de 1936. Sería ocioso conservar el ar. 1893 del C. argentino.

Art. 1456. — Cuando el mandato tiene por objeto realizar actos jurídicos, se presume, salvo disposición contraria del mandante, que el mandatario está obligado a obrar a nombre y representación de aquél. Se aplicarán en tal caso los arts. 650 a 668.

Ver: arts. 568 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 396 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 499 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 532 del C. Civil de la República de China; 1795 del Anteproyecto de Bibiloni; 1113 del Proyecto argentino de 1936.

Por su extensión el mandato puede ser general o especial.

No es facultativo del mandatario, dice Bibiloni, ejercer por cuenta propia los actos que constituyen el encargo. (ver autor y opus cit. t. II, pág. 393).

Art. 1457. — Cuando en el mismo instrumento se hubieren nombrado dos o más mandatarios, entiéndese que el nombramiento fue hecho para ser aceptado por uno solo de los nombrados en el orden en que estén designados, con las excepciones siguientes:

1º) Cuando hubieren sido nombrados para que actúen todos o algunos de ellos conjuntamente;

2º) Cuando hubieren sido nombrados para actuar todos o algunos de ellos separadamente, o cuando el mandante hubiere dividido la gestión entre ellos, o los hubiere facultado para dividirla entre sí;

3º) Cuando han sido nombrados para actuar, uno de ellos, a falta del otro u otros.

Ver: arts. 1899 C. argentino; 2859 del Esboço de T. de Freitas; 1716 C. italiano 1799 del Anteproyecto de Bibiloni; 1110 del Proyecto argentino de 1936.
Se suprimen los artículos 1900, 1901 y 1902 del C. argentino, porque siendo ellos de mera aclaración del precedente, pueden quedar reservados a la doctrina y la jurisprudencia. Ver también: arts. 2061 C. uruguayo y 2127 C. chileno.

Art. 1458. — Aceptado el mandato por uno de los nombrados, su renuncia, fallecimiento o incapacidad sobreviniente, dará derecho a cada uno de los otros nombrados a aceptarlo según el orden de su nombramiento.

Ver: arts. 1903 C. argentino; 2863 del Esboço de T. de Freitas; 1800 del Anteproyecto de Bibiloni; 1111 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1459. — El mandato concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración, aunque el mandante declare que no se reserva ningún poder, y que el mandatario puede hacer todo lo que juzgare conveniente, o aunque el mandato contenga la cláusula de general y libre administración.

Ver: arts. 1880 C. argentino; 1988 inc. 1º C. francés; 2879 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1708 C. italiano; 1325 C. portugués; 1833 C. holandés; 2965 C. de Luisiana; 1713 inc. 1º C. español; 396 parágs. 1º y 2º del C.Federal suizo; 1295 parág. 1º C. brasileño; 2056 C. uruguayo; 1688 parág. 1º C. venezolano; 1337 C. boliviano; 2132 C. chileno; 2158 C. colombiano; 2155 C. ecuatoriano; 1632 C. peruano; 2553 y 2554 incisos 2º a 3º C. mexicano; 1255 C. costarricense; 3296 C. nicaraguense; 1892 C. hondureño; 534 parág. 1º del C. Civil de la República de China; 1801 del Anteproyecto de Bibiloni; 1106 del Proyecto argentino 1936.

Art. 1460. — Sin perjuicio de las limitaciones expresas del mandato general de administración sólo se entenderán comprendidas en éste facultades tales como la venta de los frutos; tala de los bosques cedidos; enajenación de las cosas muebles de fácil perecimiento; locación de los bienes muebles e inmuebles que por su plazo no exceda de diez año; adquisición de los objetos necesarios a la economía doméstica y a la administración del patrimonio; percepción de los frutos civiles o rentas del precio de los frutos naturales; contratación de aparcería; reparación ordinaria y extraordinaria (conservación de los bienes) con el empleo de la renta; mera ejecución de los contratos o de las sentencias; cumplimiento de las obligaciones preexistentes y perfectas; aceptación de indemnización por expropiación decretada por causa de utilidad pública y determinada por peritos; préstamos prendarios con registro; percepción de la indemnización de los bienes expropiados; contratación de seguros contra incendio u otro caso fortuito; actos conservativos de los derechos, como la interrupción de la prescripción; actos y negocios relativos a la conservación directa de fundos; pago normal de las deudas líquidas y exigibles; transacción relativa a los actos o negocios de ordinaria administración; pequeñas liberalidades de uso en los límites que permitan las rentas y seguros de vida con premios pagados con la renta.

Sin antecedente en la legislación anterior. Ver: Ferrara A. Atti di amministrazione, in Nuevo Dig. italiano; 569 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1461. — El mandatario necesita poderes especiales:

1º) Para hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración;

2º) Para hacer novaciones que extingan obligaciones ya existentes al tiempo del mandato;

3º) Para transigir sobre actos o negocios no comprendidos en la ordina-

ria administración, comprometer en árbitros, prorrogar jurisdicciones, renunciar al derecho de apelar, o a prescripciones adquiridas;

4º) Para cualquier renuncia gratuita, o remisión, o quita de deudas, a no ser en caso de falencia del deudor;

5º) Para cualquier acto a título oneroso o gratuito de constitución, transmisión, renuncia o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

El poder especial para hipotecar bienes inmuebles del mandante, no comprende la facultad de hipotecarlos por deudas anteriores al mandato.

6º) Para hacer donaciones, que no sean gratificaciones de pequeñas sumas, a los empleados o personas del servicio de la administración. El poder expresará qué bienes son los donados y el nombre del donatario.

7º) Para dar o tomar dinero prestado, a no ser que la administración consista en dar y tomar dinero a intereses, o que los empréstitos sean una consecuencia de la administración, o que sea enteramente necesario tomar dinero para conservar las cosas que se administran;

8º) Para dar en arrendamiento por más de diez años inmuebles que estén a su cargo;

9º) Para constituir al mandante en depositario, a no ser que el mandato consista en recibir depósitos o consignaciones; o que el depósito sea una consecuencia de la administración;

10º) Para constituir al mandante en la obligación de prestar cualquier servicio, como locador, o gratuitamente;

11º) Para formar sociedad;

12º) Para constituir al mandante en fiador;

13º) Para aceptar herencias, así como para repudiarlas;

14º) Para reconocer o confesar obligaciones anteriores al mandato.

Ver. arts. 1881 y 1885 C. argentino; 1902 del Anteproyecto de Bibiloni; 1107 del Proyecto argentino de 1936, y nota de Vélez Sarsfield al 1881 de su Código; 2881 incisos 1º al 17, salvo Nº 12 del Esboço de T. de Freitas; 1295 incisos 1º y 2º C. brasileño; y Códigos citados al pie del art. 1455.

Art. 1462. — Ningún acto del Derecho de familia que por su naturaleza pueda ser ejecutado por otro, como el matrimonio, el reconocimiento, legitimación o desconocimiento de hijos, podrá efectuarse sin poder especial otorgado, bajo pena de nulidad, en escritura pública, en el que se exprese el acto jurídico de que se trata, y los nombres de las personas respecto de las cuales se hace el encargo. Esta disposición se aplicará igualmente a los poderes necesarios para el ejercicio de acciones judiciales relativas a los mencionados actos.

Ver: arts. inc. 5º y 6º del C. argentino; 1803 del Anteproyecto de Bibiloni; 1107 inc. 16 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1463. — El mandato especial para ciertos actos de una naturaleza determinada, debe limitarse a los actos para los cuales ha sido dado, bajo pena de nulidad si se extendieran a otros actos análogos, aunque éstos pudieran considerarse como consecuencia natural de los que el mandante ha encargado hacer. Así, el poder especial para transigir, no comprende el poder de comprometer en árbitros; el poder especial para vender, no comprende el poder para hipotecar, ni recibir el precio de la venta, cuando se hubiera dado plazo para el pago; ni el poder para hipotecar, el poder de vender; el poder para contraer una obligación, comprende el de cumplirla, siempre que el mandante hubiere entregado al mandatario el dinero o la cosa que se debe dar en pago; el poder de vender bienes de una herencia, no comprende el poder para ceder o vender ésta, antes o después de haberla recibidido; el poder para cobrar deudas, no comprende el poder de demandar a los deudores, ni recibir una cosa por otra, ni hacer novaciones, remisiones o quitas.

Ver: arts. 1884, 1882, 1883, 1886, 1887 y 1888 C. argentino; 1989 C. francés; 1335 y 1338 C. portugués; 1834 C. holandés; 2967 y 2968 C. de Luisiana; 2930 y 2931 del Esboço de T. de Freitas; 1713 parág. 2º y 3º

y 1714 del C. español; 1708 parág. 2º C. italiano; 396 parág. 3º y 397 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2141, 2142 y 2143 C. chileno; 2167 a 2169 C. colombiano; 2164 a 2166 C. ecuatoriano; 2056 parág. 2º y 3º C. uruguayo; 1688 parág. 2º C. venezolano; 1338 C. boliviano; 1633 y 1634 parág. 1º C. peruano; 2192 C. guatemalteco; 2552 in fine C. mexicano; 1256 C. costarricense; 3297 C. nicaragüense; 1892 parág. 2º y 1893 C. hondureño; 1804 a 1807 del Anteproyecto de Bibiloni; 1108 y 1109 del Proyecto argentino de 1936; 569 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.

Art. 1464. — El mandato se presume oneroso. Su ejecución debe ser remunerada, a menos que del contrato o de circunstancias resulte que el mandatario se ha obligado a ejecutarlo sin remuneración.

No determinando el contrato el monto de la remuneración, se deberá la que corresponda al trabajo suministrado de acuerdo con los aranceles profesionales legalmente aprobados, y en su defecto por pericia aprobada por el juez.

Ver: arts. 1709 C. italiano; 394 in fine C. Federal suizo de las Obligaciones; 500 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 547 C. Civil de la República de China; 221 in fine de nuestro Código de Comercio, según el cual el mandato comercial no se presume gratuito.

Distintos son, en esta materia, los sistemas legislativos:

1º El romano, según el cual, el mandato es esencialmente gratuito pero que participa, como la sociedad del jus fraternitatis. El mandatario asume y cumple la misión o tarea propia de un amigo. Si se estipula una retribución, el mandato deja de ser tal para ser una locación, porque el servicio de un amigo no es compatible con un salario: **Mandatum, nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio, atque amicitia trahit: contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia, res ad locationem et conductionem potius respicit**". (Dig. Lib. XVII, Tit. I, 4, **Paulus lib. 32 ad Edictum**). En un desarrollo posterior, se reconoció la posibilidad de una remuneración al mandatario (honos, honorarium). Esta concepción de la gratuidad del mandato pasó al Derecho moderno, y es así como el art. 662 del C. alemán estatuye que: "por la aceptación de un mandato, el mandatario **se obliga a ocuparse gratuitamente** de todos los asuntos que le confía el mandante".

2º El romano-francés del art. 1986 del C. de Napoleón, según el cual el mandato es gratuito, salvo convención en contrario. Siendo así, la gratuidad es de la naturaleza del mandato, pero la promesa de una retribución no es contraria a su esencia. Puede esta promesa tener lugar tácitamente. Siendo así, el mandato, a pesar de la estipulación (salario) conserva el caracter que le distingue del contrato de servicios (antigua locación de servicios), o de otros contratos análogos. La retribución se reputa tácitamente estipulada en el mandato relativo a los asuntos de que el mandatario se encarga por razón de su profesión o modo de vivir, como por ejemplo, el mandato conferido a un procurador o abogado o a agentes de negocios, y en las comisiones dadas a corredores de comercio o de cambio (ver Aubry y Rau, t. V, parág. 410, texto y notas 7 y 8, pág. 156, 5ª edición; Zachariae, t. V, parág. 750, texto y nota, 7, pág. 36, con notas de Massé y Vergé, edic. 1860; Marcadé y Font, t. VIII, Nºs. 802, pág. 405 y Nºs. 880 a 889, págs 450 a 454; Planiol, t. II, Nºs. 2233 a 2235, pág. 720 y ss., 9ª edición etc.).

Tal es el sistema igualmente consagrado por los arts. 1739 del C. italiano de 1865; 1331 del C. portugués; 1004 C. austriaco; 1831 C. holandés; 2960 C. de Luisiana; 1711 C. español; 1335 C. boliviano; 2117 C. chileno; 2143 C. colombiano; 2140 C. ecuatoriano; 2052 C. uruguayo; 1686 C. venezolano; 2193 C. guatemalteco; 1890 C. hondureño; 1635 C. peruano; 1290 parág. 2º C. brasileño; 394 in fine del C. Federal suizo de las Obligaciones; 567 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1871 y 1627 C. argentino; 2855 y 2856 del Esboço de T. de Freitas; 1832 del Anteproyecto de Bibiloni; 1122 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

3º La ejecución del mandato debe ser remunerada, a menos que del contrato o de circunstancias resulte que el mandatario se ha obligado a ejecutarlo sin remuneración, consagrado por el art. 500 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 547 del Código Civil de la República de China; 1709 del C. italiano de 1942; y en nuestra América; los arts. 2549 C. mexicano; 1258 C. costarricense; 3299 C. nicaragüense; 221 in fine de nuestro Código de Comercio.

Según estos Códigos, el mandato civil se presume oneroso, tal como lo estatuye nuestro art. 1464 y su fuente el 1709 del C. italiano de 1942, de suerte que siendo así la prueba contraria será de cargo del mandante. La onerosidad no es esencial al mandato, y por tanto, la compensación debida al mandatario no asume el caracter de correspondencia de la prestación del mandatario. (Messineo, t. VI, parág. 155, c), pág. 38). La retribución debida al mandatario no altera la naturaleza del contrato del mandato, como contrato sinalagmático imperfecto. Siendo así, resulta un sensible error lo estatuido por el parág. 2º del art. 567 del Proyecto ítalo-francés de C. de las Obligaciones y los contratos, según el cual: "Si una remuneración se ha prometido por la prestación de servicios ó la ejecución de una obra, habrá contrato de trabajo o de empresa". Ya hemos visto lo que a este propósito y en sentido contrario enseñan Aubry y Rau, o sea que el mandato, a pesar de la estipulación de un salario, conserva el caracter que le distingue de la locación de servicios o de otros contratos análogos".

Finalmente y a mayor abundamiento, dada la unificación interna del Derecho privado o sea de las materias comercial y civil en el presente Código, no permitía concebir de otro modo la norma aplicable a la retribución debida al mandatario. No hay principio ni razóón alguna que abone el privilegio reconocido al mandatario comercial de poder impugnar toda pretensión a la gratuidad de sus servicios a mérito de la presunción del in fine del art. 221 de nuestro Código de Comercio, y la situación inversa y desventajosa del mandatario civil, por eminentes que sean sus servicios, dada la presunción de gratuidad del art. 1871 del C. argentino, excepción hecha de los trabajos realizados en ejercicio de una profesión lucrativa o de su modo de vivir, o de que por un pacto expreso se hubiere convenido que el mandatario perciba una retribución por su trabajo. Sólo en estos últimos casos será aplicable el parágrafo 1º del art. 1952 del C. argentino.

Art. 1465. — El que se ha obligado a ejecutar el mandato sin remuneración no es responsable sino del perjuicio que intencionalmente ha causado o del que resulte de no haber prestado al desempeño del mandato la diligencia que habitualmente suele consagrar a sus propios asuntos o negocios.

Ver: arts. 1992 parág. 2º C. francés; 1710 parág. 1º C. italiano; 1838 C. holandés; 2972 C. de Luisiana; 1337 C. portugués; 1726 C. español; 2129 C. chileno; 2155 C. colombiano; 2152 C. ecuatoriano; 1340 C. boliviano; 2065 C. uruguayo; 1693 C. venezolano; 2197 C. guatemalteco; 3309 parág. 2º C. nacaragüense; 1905 C. hondureño; 573 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 505 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Estatuye el art. 1904 del C. argentino, como su fuente el art. 1991 del C. francés que: "El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responder de los daños y perjuicios que se ocasionaren al mandante por la inejecución total o parcial del mandato". Responde por dolo ó culpa.
Mas, omitió Vélez Sarsfield contemplar, como lo preceptúa el art. 1992 del C. francés, la hipótesis del mandatario que se obligó a desempeñar gratuitamente el mandato, pero que incurre en culpa y en la responsabilidad consiguiente.
Respecto de este caso dispone el art. 1992 segunda parte del citado Código que su responsabilidad debe ser apreciada menos rigurosamente que la del mandatario retribuído, siquiera no le sea admitido a compensar las pérdidas que ocasionó al mandante con los beneficios que, por otro lado, pudo él haberle proporcionado, tal como lo preceptúan los arts. 2568 del C. mexicano; 1272 del C. costarricense;

CAPITULO II

De las Obligaciones del Mandatario

Art. 1466. — El mandatario está obligado por su aceptación a gestionar diligentemente los negocios a él encargados, y a responder de los daños y perjuicios que por su dolo o culpa se ocasionaren al mandante por la inejecución total o parcial del mandato.

Está igualmente obligado a hacer saber al mandante las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación o la modificación del mandato.

Ver: 1904 C. argentino; 1991 primera parte y 1992 primera parte C. francés; 1710 C. italiano; 1335 y 1336 C. portugués; 1837 C. holandés; 2971 C. de Luisiana; 1718 C. español; 398 C. Federal suizo de las Obligaciones; 666 C. alemán; 1300 parág. 1º C. brasileño; 1009 y 1010 C. austriaco; 2129 C. chileno; 2155 C. colombiano; 2152 C. ecuatoriano; 2064 C. uruguayo; 1692 C. venezolano; 1339 C. boliviano; 2562, 2564 y 2565 C. mexicano; 2196 C. guatemalteco; 1261 C. costarricense; 1636 C. peruano; 3310 C. nicaraguense; 1897 C. hondureño; 572 y 573 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 502 C de las Obligaciones de la República de Polonia; 535 y 544 Código Civil de la República de China; 2914 del Esboço de T. de Freitas; 1808 del Anteproyecto de Bibiloni; 1115 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
La primera parte de nuestro artículo es, como se ve, de derecho uniforme. No así, el parágrafo 2º sólo estatuido por el art. 1710 del C. italiano, según el cual debe el mandatario, dentro de la diligencia que debe observar en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, informar a su mandante de todas aquellas modificaciones de la situación, sobrevenidas en el curso de su desempeño que, una vez que se le han hecho saber, podrían determinarle a evitar el cumplimiento del mandato, como por ejemplo si se produjese en un contrato sinalagmático la imposibilidad total del cumplimiento de la prestación a cargo de una de las partes; o sólo una imposibilidad parcial, o bien si en un contrato de prestaciones recíprocas y de ejecución continuada o periódica, la prestación a cargo de una de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles.
No cumpliendo el mandatario con la obligación de avisar de estas circunstancias, a su mandante, responderá ante él de los daños y perjuicios que por su negligencia le ocasionare.

Art. 1467. — El mandatario no puede exceder los límites fijados en el mandato ó las instrucciones recibidas del mandante, o, en su defecto, los resultantes de la naturaleza del negocio. El acto que exceda del mandato queda a cargo del mandatario, si el mandante no lo ratifica. Mas si el acto ha sido cumplido de una manera más ventajosa que la señalada por el mandato, no se considerarán transpasados sus límites.

El mandatario puede separarse de las instrucciones recibidas cuando circunstancias desconocidas del mandante, y tales que no puedan serle comunicadas a tiempo, hagan razonablemente considerar que el mismo mandante habría dado su aprobación.

Ver: arts. 1711 C. italiano; 1905 C. argentino; 1989 C. francés; 1335 y 138 C. portugués; 1834 C. holandés; 1009 y 1016 C. austriaco; 1719 C. español; 665 C. alemán; 398 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1300 C. brasileño; 2131 C. chileno; 2157 C. colombiano; 2154 C. ecuatoriano; 2064 a 1066 C. uruguayo; 1692 y 1693 C. venezolano; 3310 y 3311 C. nicaraguense; 1898 C. hondureño; 572 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 502 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 535 y 536 Código Civil de la República de China; 2921 a 2923 del Esboço de T. de Freitas; 1809 del Anteproyecto de Bibiloni; 1115 inc. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936.
Aun cuando por nuestro artículo no se hace alusión a la hipótesis del mandatario que hace menos de lo que el mandante le ha encargado hacer, caso inverso al del mandatario que hace más o que se excede de los límites del mandato, pero que, como en este caso, también incurre en responsabilidad, juzgamos útil reproducir lo que Texeira de Freitas entiende por hacer menos de lo que le fue encargado Tiene esto lugar cuando el mandatario restringiere los límites del mandato en cuanto a los negocios que le fueron confiados o en cuanto a los actos que fue autorizado a ejecutar, o si en el modo de ejecución, no llegare a cumplir las órdenes o instrucciones del mandante.

Art. 1468. — El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato cuya ejecución sería manifiestamente perniciosa al mandante.

El mandatario que se halle en la imposibilidad de obrar con arreglo a las instrucciones recibidas de su mandante, no está obligado a constituirse en agente oficioso: le bastará tomar las medidas conservativas que las circunstancias exijan.

Sobre el parág. 1º ver: arts. 1907 C. argentino; 2149 C. chileno; 2175 C. colombiano; 2172 C. ecuatoriano; 2065 In fine C. uruguayo;
Sobre el parágrafo 2º ver: arts. 1916 C. argentino; 2150 parág. 1º C. chileno; 2176 parág. 1º C. colombiano; 2173 parág. 1º C. ecuatoriano; y
Sobre todo el artículo, ver: arts. 1810 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1115 inc. 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936.
Aun cuando por haberse omitido la reproducción de los parágrafos 2º y 3º del art. 2150 del C. chileno, no tienen fuerza de ley, ni acaso es menester que lo tengan, valgan ellos como apostilla doctrinal del nuestro. He aquí su texto: "Pero si no fuere posible dejar de obrar sin comprometer gravemente al mandante, el mandatario tomará el partido que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga al negocio".
"Compete al mandatario probar la fuerza mayor o caso fortuito que le imposibilite de llevar a efecto las órdenes del mandante".

Art. 1469. — El mandatario no ejecutará fielmente el mandato si habiendo oposición entre sus intereses y los de su representado, diese preferencia a los suyos. En este caso, se estará a lo dispuesto en el art. 665.

No puede el mandatario sin autorización del mandante adquirir beneficio o provecho derivado de la ejecución de su encargo fuera de la remuneración contemplada al constituirse el mandato o que por derecho le corresponda.

Lo que en secreto hubiere recibido del tercero con quien contrató por cuenta de su principal, aunque lo haya sido después de concluído el mandato, deberá entregarlo a su mandante bajo pena de perder todo derecho a su retribución, y sin perjuicio de las acciones criminales a que hubiere lugar.

Sobre el parág. 1º ver: 1908 C. argentino; 2939 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas, y sobre los dos siguientes parágrafos, el art. 1811 del Anteproyecto de Bibiloni; 1115 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936. El parágrafo 3º de nuestro artículo es trasiego del art. 527 del Digeste de Droit Civil Anglais, el cual reza así: "En defecto de convenciones contrarias expresas o implícitas, tiene el mandante derecho a todos los beneficios y ventajas obtenidos por el mandatario en el desempeño del mandato fuera de su remuración ordinaria. Tiene igualmente derecho a la comisión secreta o a la propina que el mandatario hubiera recibido, y todas las ganancias que éste hubiera obtenido de los bienes o del activo del mandante" (ver Jenks, Geldart, Lee, Holdsworth, y Miles, opus cit. t. I, pág. 160).
Como el Derecho inglés es sólo consuetudinario, el Digesto a que nos referimos es una cosecha crítica de la jurisprudencia de los tribunales ingleses uniformemente observada en el curso de varios años, como en el presente caso.

Art. 1470. — El mandatario debe comunicar sin retardo al mandante el cumplimiento del mandato.

El retardo del mandante en responder después de haber recibido tal comunicación, por un tiempo superior al exigido por la naturaleza del negocio, importa su aprobación, aun cuando el mandatario se haya separado de las instrucciones o haya excedido los límites del mandato.

Ver: art. 1712 C. italiano; 245 y 2º de nuestro Código de Comercio. El 2º parágrafo de nuestro artículo es un caso en que el silencio produce obligación, por aplicación de lo dispuesto en el art. 517 segunda parte del presente Código.

Art. 1471. — El mandatario debe rendir al mandante cuenta de su actuación y remitirle todo lo que hubiere recibido en virtud del mandato, aunque lo recibido no se debiere al mandante.

La dispensa previa de la obligación de rendición de cuenta no exonera al mandatario de responder de los cargos que por dolo o culpa justifique contra él su mandante.

Ver: arts. 1911 y 1910 C. argentino; 1993 C. francés; 1713 C. italiano; 1239 C. portugués; 1839 C. holandés; 2973 y 2974 C. de Luisiana; 1611 de Goyena; 1341 C. boliviano; 1720 C. español; 259 a 261 y 665 a 668 C. alemán; 400 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2153 C. chileno; 2181 C. colombiano, 2178 C. ecuatoriano; 1301 C. brasileño; 2074 C. uruguayo; 1694 C. venezolano; 1636 inc. 4º C. peruano; 2196 inc. 5º C. guatemalteco; 2569 a 2571 C. mexicano; 1269 C. costarricense; 3318 C. nicaraguense; 1899 C. hondureño; 1812 del Anteproyecto de Bibiloni; 1115 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; 277 de nuestro Código de Comercio; 574 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 503 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 541 Código Civil de la República de China.

Art. 1472. — La obligación a cargo del mandatario de entregar a su

mandante lo recibido en virtud del mandato, comprende todo lo que éste le confió y de que no dispuso por su orden; todo lo que recibió de terceros, aunque lo recibiere sin derecho; todas las ganancias resultantes del negocio que se le encargó; los títulos, documentos y papeles que el mandante le hubiere confiado, con excepción de las cartas e instrucciones que el mandante le hubiere remitido o dado.

Ver: ars. 1911 C. argentino; 2945 y 2946 del Esboço de T. de Freitas; 1813 del Anteproyecto de Bibiloni; 1115 inc. 6º del Proyecto argenino de 1936.

Art. 1473. — Si por ser ilícito el mandato resultaren ganancias ilícitas, no podrá el mandante exigir que el mandatario se las entregue; pero si, siendo lícito el mandato, resultaren ganancias ilícitas por abuso del mandatario, podrá el mandante exigir que se las entregue.

Ver: arts. 1912 C. argentino; 2948 del Esboço de T. de Freitas; 1814 del Anteproyecto de Bibiloni; 1116 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1474. — El mandatario debe abonar al mandante los intereses legales sobre las sumas por él cobradas por cuenta de él, que correrán desde el día en que habría debido de hacerle la entrega o su expedición o bien emplearlas según las instrucciones recibidas. El mandatario incurrirá en mora por el simple transcurso del tiempo. Esta norma se aplicará igualmente a las cantidades que el mandatario aplicó a uso propio. Deberá además la indemnización de los daños que por abuso de confianza hubiere causado a su mandante.

Ver: arts. 1714 C. italiano; 1913 C. argentino; 1996 C. francés; 1615 de Goyena; 1842 C. holandés; 2944 C. de Luisiana; 1303 C. brasileño; 668 C. alemán; 400 parág. 2º 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1340 C. portugués; 1724 C. español; 2073 C. uruguayo; 1696 C. venezolano; 2156 C. chileno; 2182 C. colombiano; 2179 C. ecuatoriano; 1344 C. boliviano; 2572 C. mexicano; 1637 C. peruano; 1270 C. costarricense; 3319 C. nicaraguense; 1903 C. hondureño; 2198 C. guatemalteco; 1815 del Anteproyecto de Bibiloni; 1117 del Proyecto argentino de 1936; 575 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 507 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 542 Código Civil de la República de China.
Tanto el art. 1913 del C. argentino, como los arts. 1315 del Anteproyecto de Bibiloni y 1117 del Proyecto argentino de 1936, subordinan el nacimiento de la obligación del mandatario infiel de pagar a su mandante los intereses de las cantidades que indebidamente aplicó a su uso propio, a su constitución en mora, o sea a su interpelación por el mandante defraudado por él, decisión de la que nos apartamos al establecer, de acuerdo con el derecho uniforme en esta materia que deberá los intereses desde el día en que debía hacerle la entrega de sus dineros, interpelado por el sólo transcurso del tiempo, como corresponde al delito en que ha incurrido al abusar de la confianza de su mandante.

Art. 1475. En defecto de pacto en contrario, el mandatario que obra en nombre propio no responde frente al mandante del cumplimiento de las obligaciones contraídas por las personas con las cuales ha contratado, salvo los casos de que la insolvencia de éstas le fuere o debiere serle conocida en el acto de la conclusión del contrato.

Ver: arts. 1715 C. italiano. Trasegada esta decisión del art. 387 del C. de Comercio italiano, corresponde a análogo precepto del art. 258 del nuestro Código de Comercio, por el que se consagra la doctrina enseñada por Troplong acerca de la responsabilidad del mandatario por la insolvencia sobreviniente de los deudores a quienes se confió porque eran in bonis al tiempo de contratar con ellos. "Un comisionista, dice nuestro autor, vende telas a una firma de París que corre plaza de buena, pero que tiempo después no puede pagar por desarreglo de sus negocios. A causa de esta fuerza mayor, el comisionista no puede cobrar el precio de las telas. No es responsable de ello".
Otra cosa sería, agrega Troplong, si el comisionista hubiese vendido a crédito a un comprador ya conocido por la mala situación de sus negocios" (ver autor cit. Du Mandat, t. XVI, Nº 371, pág. 364, edic. París 1846; Pardessus, Cours de Droit Commercial, t. II, Nº 564, pág. 72, 6ª edición, 1856; Segovia, Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio, t. I, nota 929, pág. 294).

Art. 1476. — Mas el mandatario puede por un pacto especial, tomar sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro; constituyéndose desde entonces en principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y de fuerza mayor.

Ver: arts. 1914 C. argentino; 2152 C. chileno; 2178 C. colombiano; 2175 C. ecuatoriano; 256 de nuestro C. de Comercio; 1736 C. italiano; 3332 C. nicaraguense; omitido en los otros códigos.
Este precepto, como el anterior, es la operación oriunda del derecho comercial italiano a la cual los juristas franceses llaman convención de ducroire o del credere, trasegada al art. 256 de nuestro Código de Comercio con el nombre de **comisión de garantía**, prometida por el mandante al mandatario, además

de la comisión ordinaria. Tiene lugar esta convención cuando el comisionista, a cambio o por el precio de la comisión de garantía, responde no sólo de la solvencia de los deudores, sino también del cobro de las deudas en los términos convenidos, y de todas las incertidumbres del cobro. Explicándola, enseña Troplong, que la retribución que por esta convención se atribuye al comisionista, es la indemnización del riesgo al cual él se somete. (autor y opus cits. t. XVI, Nº 374, pág. 366).
Dellamarre Le Poitvin (t. III, Nº 88, pág. 133, 2ª edición) y Pardessus (opus cit. t. II, Nº 564, pág. 72) entienden que la convención de ducroire encierra una cosa asegurada: cuál es el crédito del mandante; sus riesgos: los de la insolvencia de los deudores y un precio de estos riesgos, la comisión del credere. El contrato de seguro no exige otros requisitos.
Mas Alauzet no cree que se pueda asimilar de una manera completa la convención de credere con un contrato de seguro. El comitente, a diferencia del asegurado, no está obligado a ninguna justificación; al vencimiento convenido reclama directamente del comisionista el precio de venta de las mercaderías, sin que éste pueda oponerle excepción alguna, directamente obligado, como está por el contrato de ducroire, convención sui generis de la que jamás la ley se ha ocupado.
"Delamarre y Lepoitvin citan un caso en el que la insolvencia del deudor proviene de una confiscación general pronunciada contra él. El tribunal de Marsella decidió con razón que el comisionista no está eximido de su obligación.
La convención de ducroire, a diferencia del contrato de seguro, no necesita ser redactada por escrito. Puede ella resultar de los usos declarados constantes para obligar a las partes a las cuales no las puede presumir que lo hayan ignorado. Como se comprenderá, este caso es excepcional. No existe, en consecuencia, fórmula sacramental, y la palabra ducroire puede ser reemplazada por cualquier otra que exprese la misma idea. Puede en ocasiones la convención formarse tácitamente y resultar de la tasa de la comisión percibida por el comisionista, que según los usos es el doble de la comisión simple, por lo que también de la llamada doble comisión, para distinguirla de la que se percibe sin garantía (ver autor cit. Commentaire du Code de Commerce, t. III, Nº 1040, pág. 318, 3ª edición).
Mas juristas posteriores, como Lyon-Caen y Renault, rechazan las precedentes diferencias establecidas por Alauzet entre la convención ducroire y el contrato de seguro. Aun admitiendo la existencia en principio de la primera de ellas estiman que nada tienen de esencial, desde que nada obsta a que un asegurador pueda garantizar el pago de una deuda a su vencimiento, de tal suerte que el asegurado tenga el derecho de accionar por el solo hecho de no haberse pagado a su vencimiento la deuda, sin necesidad de probar la insolvencia del deudor. Cuanto a la segunda diferencia, enseñan que ella sólo concierne a la prueba, no a la naturaleza del contrato, la cual sólo existe cuando se trata del seguro marítimo (art. 332 C. de Comercio francés), pero no cuando se trata del seguro terrestre.
Agregan estos autores que la convención de ducroire también se parece a la fianza, en cuanto el comisionista ducroire garantiza la deuda como un fiador, del que difiere en que el comisionista no goza del beneficio de excusión, salvo convención en contrario. Además, el comitente no tiene acción directa contra el deudor, de suerte que siendo así no se puede hablar de un deudor principal y de su fiador. Tal es, además, el parecer de Thaller (Traité Elementaire de Droit Commercial, Nº 1128, pág. 688, nota 2, 6ª edición).
Lyon-Caen y Renault encuentran exacto que históricamente la convención de ducroire procede de la fidejussio indemnitatis del Derecho romano, estipulación por la cual el acreedor se hacía garantizar el cobro de su crédito contra la insolvencia total o parcial del deudor, o contra el mero retardo en el pago (L. 150, Dig. De verb. signif. — L. 16, parág. 6, Dig. De fides jus; l.52, Dig. De rebcred. — 116, Dig. De verb. Oblig. L. 2, Dig. De solut). Esta estipulación, distinta de la solidaridad, de la fianza propiamente dicha, se presentaba con un carácter condicional. El garante no se obliga sino subordinado a condición: Si debitum a Titio servari non poterit. (ver Delamare y Le Poitvin, opus cit. t. III, Nº 85, pág. 127, 2ª edición).
Los jurisconsultos romanos estaban divididos en punto a saber si el acreedor debía dirigirse directamente al deudor principal, o si por el contrario podía dirigirse contra el comisionista ducroire sin haber antes tratado de obtener la ejecución de la obligación del deudor, y de los que sostenían este último, hubieron algunos según los cuales no era admisible que el comisionista fuese condenado a pagar una suma mayor que la que en razón de su insolvencia había el deudor dejado de pagar (ver Lyon-Caen y Renault, opus cit. t. III, Nº 452, pág. 402; Accarias, Précis de Droit Romain, t. II, Nº 572, pág. 205, 4ª edición; y Girard, Manuel Elémentaire de Droit Romain, pág. 753 y 762, 4ª edición).

Art. 1477. — Los valores en dinero que el mandatario tiene en su poder por cuenta del mandante, perecen para el mandatario, aunque sea por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que estén contenidos en cajas o sacos cerrados y sellados sobre los cuales recaiga el accidente o la fuerza, y no hubiere negligencia en depositarlos en Bancos públicos locales.

Ver: arts. 1915 C. argentino; 2153 C. chileno; 2947 del Esboço de T. de Freitas; 2179 C. colombiano; 2176 C. ecuatoriano; 1268 C. costarricense; 3317 C. nicaraguense; 1217 del Anteproyecto de Bibiloni; 1118 del Proyecto argentino de 1936; 270 y 271 C. de Comercio.
La razón de ser de este precepto es elemenal. El art. 2947 del Esboço de T. de Freitas es definitivo al estatuir que: Las disposiciones de los arts. 2631 al 2654 y 2657 al 2664, sobre los efectos del depósito regular e irregular, son en todo aplicables a los mandatarios, en cuanto a su obligación de conservar y restituir lo que hubieren recibido en virtud del mandato".
Si el comisionista tiene en su poder valores en dinero de su mandante, es depositario de ellos. Este depósito es irregular, del cual es propio que el dinero del mandante depositado en poder del mandatario se confunda con los propios de éste (art. 2189 inc. 1º C. argentino), lo que no ocurre con el depósito regular, que tiene lugar cuando el dinero ha sido entregado en saco o caja cerrada con llave, o fuere un bulto sellado, o con algún signo que lo distinga (art. 2188 inc. 2º del mismo Código).
Como genus nunquam perit, el pago nunca se juzgará imposible, y la obligación se resolverá siempre en indemnización de pérdidas e intereses, como lo estatuyen los arts. 899 y 945 del presente Código. Si, pues, el dinero depositado en poder del mandatario retribuído perece por incendio u otra causa análoga, perece para él. Explícase así que estas normas se hallen igualmente consagradas por los artículos 270 y 271 del Código de Comercio. (ver: Segovia, opus cit. t. I, notas 953 y 955, pág. 302 y ss.).

Art. 1478. — El mandatario que, en la ejecución del mandato, se substituye a sí mismo por otro, sin estar autorizado para ello o sin que sea necesario hacerlo por la naturaleza del encargo, responde de la actuación del substituto.

Si el mandante había autorizado la substitución sin indicar la persona, el mandatario sólo responde si ha incurrido en culpa en su elección.

El mandatario responde de las instrucciones que ha impartido al substituto.

El mandante puede accionar directamente contra el substituto, pero sólo en razón de las obligaciones que éste hubiere contraído por la substitución; y recíprocamente el substituto tiene acción contra el mandante por la ejecución del mandato.

Ver: arts. 1717 C. italiano; 1924 y 1926 C. argentino; 1994 C. francés; 2976 y 2977 C. de Luisiana; 1840 C. holandés; 1010 C. austriaco; 1612 de Goyena; 1342 C portugués; 1721 C. español; 1342 C. boliviano; 2135 C. chileno; 2161 C. colombiano; 2158 C. ecuatoriano; 1300 incisos 1º y 2º C. brasileño; 664 C. alemán; 393 y 397 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2067 C. uruguayo; 1695 C. venezolano; 1638 y 1639 C. peruano; 2574 a 2576 C. mexicano; 2199 y 2200 C. guatemalteco; 1264 a 1266 C. costarricense; 3313 a 3315 C. nicaraguense; 1900 y 1901 C. hondureño; 576 del Proyecto ítalo-francés delC. de las Obligaciones y los contratos; 503 y 504 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 537 a 539 Código Civil de la República de China; 1821 y 1823 del Anteproyecto de Bibiloni; 1126 a 1131 del Proyecto argentino de 1936

Art. 1479. — Aunque el mandatario haya substituído sus poderes, puede revocar la substitución cuando lo juzgue conveniente. Mientras ella subsista, es de su obligación la vigilancia del desempeño del substituto en el ejercicio de los poderes, a menos que éste haya sido elegido por el mandante.

Ver: arts. 1926 C. argentino; 2920 del Esboço de T. de Freitas; 1822 del Anteproyecto de Bibiloni; 1129 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1480. — El mandante conservará su acción directa contra el mandatario que, contrariando sus órdenes, substituyó el mandato, por los daños y perjuicios que el substituto le ocasionare.

Ver: arts. 1927 C. argentino; 1130 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936; Troplong, opus cit. Nº 487.

Art. 1481. — La substitución prohibida por el mandante, o hecha en persona distinta de la designada por él, no le obligará respecto de terceros que conociendo o debiendo conocer tales circunstancias pretendan derechos fundados en los actos del substituto.

Ver: art. 1131 del Proyecto argentino de 1936; 1942 C. argentino; 3005 del Esboço de T. de Freitas; 1827 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1482. — Satisfechos los gastos y la retribución del mandatario, el mandante no está obligado a pagar remuneración o comisiones a los substitutos, a menos que la substitución hubiere sido indispensable.

Ver: arts. 1959 C. argentino; 2979 del Esboço de T. de Freitas, 1838 del Anteproyecto de Bibiloni; 1132 del Proyecto argentino de 1932, y 253 de nuestro Código de Comercio.

Art. 1483. — Las relaciones entre el mandatario y el substituto, son regidas por las mismas reglas que rigen las relaciones del mandante y mandatario.

Ver. art. 1928 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 413, texto y nota 18, pág. 175, 5ª edición; 1825 del Anteproyecto de Bibiloni y 1128 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De las obligaciones del mandante

Art. 1484. — El mandante, salvo pacto en contrario, está obligado a proveer al mandatario de los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin el mandatario haya contraído en nombre propio.

Ver. arts. 1719 C. italiano; 1948 C. argentino; 1618 inc. 1º de Goyena; 1999 C. francés; 1344 C. portugués; 1014 C. austriaco; 1845 C. holandés; 2991 C. de Luisiana; 1728 parágrafo 1º C. español; 669 C. alemán; 401 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1309 C. brasileño; 2158 inc. 1º y 2º C. chileno; 2184 inc. 1º y 2º C. colombiano; 2181 inc. 1º y 2º C. ecuatoriano; 2079 C. uruguayo; 1699 parág. 1º C. venezolano; 1345 C. boliviano; 2577 C. mexicano; 1273 inc. 1º y 2º C. costarricense; 1644 inc. 1º C. peruano; 3337 inc. 1º y 2º C. nicaraguense; 1907 C. hondureño 2203 inc. 1º y 2º C. guatemalteco; 2960 inc. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1829 parág. del Anteproyecto de Bibiloni; 1122 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 577 parág. 1º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 509 y 510 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 545 Código Civil de la República de China.

Art. 1485. — El mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos hechos por él con los intereses legales desde el día en que fueron hechos, y debe pagarle la retribución que le corresponda.

El mandante debe resarcir además los daños y pérdidas que el mandatario haya sufrido a causa del encargo, sin culpa que le sea imputable.

Ver: art. 1720 C. italiano; 1999 y 2001 C. francés; 670 C. alemán; 1845 C. holandés; 2991 C. de Luisiana; 2960 inc. 1º a 5º del Esboço de T. de Freitas; 1949, 1950 y 1952 parág. 1º y 1953 C. argentino; 1310 y 1311 C. brasileño; 1014 C. austriaco; 1728 parág. 2º y 3º C. español; 1347 C. portugués; 2158 inc. 3º a 5º C. chileno; 2184 inc. 3º a 5º C. colombiano; 2181 inc. 3º a 5º C. ecuatoriano; 2081 a 2082 C. uruguayo; 1346 a 1348 C. boliviano; 1699 parág. 2º y 1700 C. venezolano; 2577 parág. 2º y 3º C. mexicano; 1644 C. peruano; 2203 inc 1º C. guatemalteco; 1273 inc. 3º a 5º C. costarricense; 3337 inc. 2º a 5º C. nicaraguense; 1907 C. hondureño; 507 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 508 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 546 Código Civil de la República de China; 1829 parág. 2º y 3º, 1832 y 1833 del Anteproyecto de Bibiloni; 1122 inc. 2º a 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1486. — Es válido el convenio por el cual se haya estipulado que la retribución debida al mandatario consista en una parte no mayor del 50% del valor de los bienes que el mandatario obtuviere por su gestión o cuya administración se le confió.

Si esta forma de retribución fuese convenida entre clientes y abogados o procuradores judiciales, se ajustará a las siguientes reglas:

a) Se formalizará por escrito, en dos ejemplares de un mismo tenor y a un mismo efecto, antes o después de iniciado el juicio;

b) El abogado o procurador debe estar, al tiempo del convenio, inscripto en la matrícula respectiva;

c) No podrá afectar el derecho del cliente a más del 50% del resultado líquido del juicio, cualquiera sea el número de los pactos celebrados por aquél;

d) Comportará la obligación del o los profesionales de responder directamente por los gastos causídicos del adversario;

e) El o los profesionales adelantará los gastos correspondientes a la defensa del cliente;

f) El pacto podrá ser presentado en cualquier momento del juicio a que el mismo se refiere;

g) No podrán ser objeto de este pacto las pretensiones de indemnización por accidentes del trabajo, o de despido, y las demandas por, alimentos o litis expensas, pensiones o jubilaciones.

Sobre el parágrafo 1º ver: art. 1952 segunda parte del C. argentino; 2977 del Esboço de T. de Freias; 1832 del Anteproyecto de Bibiloni; 1122 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.
Y sobre el parágrafo 2º ver: art. 46 de la Ley paraguaya Nº 110; en contra: el in fine del art. 1952 del C. argentino.

Art. 1487. — El mandatario no está obligado a esperar hasta la rendición de sus cuentas o hasta el cumplimiento total del mandato, para exigir el reembolso de los anticipos o gastos que haya hecho.

El mandante debe reembolsarle inmediatamente con más los intereses, salvo cualquier convención en contrario.

Hasta que el mandatario sea pagado de los adelantos y gastos, y de su retribución o comisión, puede retener en su poder cuanto bastare para el pago, cualquiera bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición.

Sobre el parágrafo 1º, ver: ar. 2968 del Esboço de T. de Freitas; 1955 C. argentino; 1834 del Anteproyecto de Bibiloni; 1123 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º, ver: 2987 del Esboço de T. de Freitas; 1956 del C. argentino; 1836 del Anteproyecto de Bibiloni y 1123 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1315 C. brasileño; 1349 C. portugués; 1730 C. español; 1262 C. chileno; 2084 C. uruguayo etc. y art. 33 de la Ley paraguaya Nº 110.

Art. 1488. — El mandatario tiene derecho a reembolsarse sobre los créditos pecuniarios nacidos de los negocios que ha concluído, con preferencia al mandante y a los acreedores de éste.

Ver: arts. 1721 C. italiano; 279 C. de Comercio paraguayo y argentino; 95 C. de Comercio francés; 362 y 363 C. de Comercio italiano. Cosa vieja es en nuestro derecho comercial el privilegio del mandatario o comisionista a cobrarse con preferencia al mandante y a los acreedores de éste sobre los créditos pecuniarios nacidos de los negocios que ha concluído, además del derecho de retención que se le confiere por el artículo anterior. Este privilegio especial no sólo se ejerce sobre los créditos, sino también sobre las cosas muebles, como los del porteador, del locador o del depositario. El crédito del mandatario puede provenir de los anticipos que hubiere hecho, por gastos de transporte, conservación y demás legítimos, como su comisión e intereses. (ver: Grandi, Codice Civile, Relazione del Ministro Guardasigilli, pág. 478; Messineo, opus cit. t. IV, parág. 102, Nº 6, pág. 69; t. VI, parág. 155, Nº 10, pág. 49; Di Blasi, Il Libro delle Obbligazioni, Parte Speciale, pág. 309; Giacomo Russo, in Codice Civile — L. delle Obbligazioni, t. II, dirigido por D'Amelio y Finzi, pág. 490; Segovia, Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio, t. I, pág. 309, etc.).

Art. 1489. — No está obligado el mandante a pagar los gastos hechos por el mandatario:

1º. Cuando fuesen hechos a pesar de su expresa prohibición, a menos que quiera aprovecharse de las ventajas que de ellos le resulten;

2º. Cuando fueren causados por culpa del propio mandatario;

3º. Cuando los hizo, aunque le fueren ordenados, a sabienda del mal resultado e ignorancia del mandante;

4º. Cuando se hubiere convenido que los gastos fueren de cuenta del mandatario, o que éste no pudiere exigir sino una cantidad determinada.

Ver: 2967 del Esboço de T. de Freitas; 1957 C. argentino; 1836 del Anteproyecto de Bibiloni; 1124 del Proyecto argentino de 1936; 1999 a contrario C. Francés.

Art. 1490. — Resolviéndose el mandato sin culpa del mandatario, o por su revocación, deberá el mandante satisfacer a aquél la parte de la retribución que corresponda al servicio hecho; pero si el mandatario hubiere recibido por adelantado la retribución o parte de ella, no podrá el mandante exigir que se la devuelva.

Ver: art. 2972 y 2974 del Esboço de T. de Freitas; 1958 C. argentino; 1837 del Anteproyecto de Bibiloni y 1126 del Proyecto argentino de 1936.
Refundición el presente artículo de dos preceptos esbozados por T. de Freitas, procede, a lo que parece, de la doctrina enseñada a este propósito por Pont, quien distingue dos casos: 1º cuando resolviéndose el mandato por caso fortuito anterior a su ejecución, no hay servicio hecho que retribuir, y las partes se liberan cada una de sus obligaciones; y 2º cuando el acontecimiento de fuerza mayor o caso fortuito se produce ya comenzada la ejecución del mandato, es de justicia que se retribuya al mandatario por los servicios hechos, y correlativamente que el mandante no sea obligado a pagar la totalidad de la retribución prometida. Mas si la retribución ha sido pagada en su totalidad con anticipación, y el mandato ha sido ejecutado sólo parcialmente, no es admitida una acción de repetición de parte del mandante o de sus herederos (ver autor y opus cits. t. VIII, Nº 1105, pág. 582; y Troplong, Mandat, Nº 641-651).
Por el art. 49 de la Ley paraguaya Nº 110 se estatuye que el profesional que hubiere celebrado el pacto de cuota litis y comenzado sus gestiones, puede separarse del juicio en cualquier momento. En tal caso no tendrá derecho a reclamar honorarios a su cliente, ni el reembolso de los gastos que hubiere realizado, al hacerse efectivo el derecho cuestionado; pero subsistirán sus obligaciones hacia los terceros conforme al pacto.
Evidente es así que este caso escapa a la aplicación del presente artículo, porque si el profesional que habiendo ajustado un pacto de cuota litis se separa del pleito después de haber iniciado sus trabajos, procede voluntariamente a poner fin a su mandato.

Art. 1491. — Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato.

Ver: arts. 1945 C. argentino; 2002 C. francés; 2995 C. de Luisiana; 1348 C. portugués; 1848 C. holandés; 1314 C. brasileño; 403 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1731 C. español; 2085 C. uruguayo; 1703 C. venezolano; 1349 C. boliviano; 1648 C. peruano; 2580 C. mexicano; 2206 C. guatemalteco; 3344 C. nicaragüense; 1910 C. hondureño; 2983 del Esboço de T. de Freitas; 579 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos 511 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia.
Omitimos reproducir el art. 1941 del C. argentino, evidentemente superfluo, dado el principio consagrado por nuestro art. 983. La solidaridad no se presume.

CAPITULO IV

De la extinción del mandato.

Art. 1492. — El mandato se extingue:

1º. Por expiración del término o por cumplimiento del encargo o negocio para el cual fue conferido;

2º. Por revocación por parte del mandante;

3º. Por renuncia del mandatario;

4º. Por fallecimiento, la interdicción o la inhabilitación del mandante o del mandatario. Sin embargo, el mandato que tiene por objeto el cumplimiento de actos relativos al ejercicio de una empresa, no se extingue, si el ejercicio de la empresa es de ejecución continuada, salvo el derecho de separación de las partes o de los herederos.

5º. El mandato dado al substituído, por la extinción de los poderes dados al mandatario que hizo la substitución.

Ver: arts. 1722 C. italiano; 1960, 1963 y 1962 C. argentino; Troplong, opus cit. Nº 760 y 761; 3009 del Esboço de T. de Freitas; 2003 C. francés; 1363 C. portugués; 2996 C. de Luisiana; 1732 C. español; 671 - 673 del C. alemán; 2024 C. austriaco; 404 a 405 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2163 C. chileno; 2189 C. colombiano; 2189 C. ecuatoriano; 2086 C. uruguayo; 1704 C. venezolano; 1350 C. boliviano; 1649 C. peruano; 2208 C. guatemalteco; 1278 C. costarricense; 2595 C. mexicano; 3345 C. nicaragüense; 11911 C. hondureño; 580 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 512 a 515 Código Civil de la República de Polonia; 550 a 552 del Código Civil de la República de China; 1839 del Anteproyecto de Bibiloni; 1134 del Proyecto argentino de 1936.
El parágrafo 2º del Inc. 4º de nuestro artículo concuerda con lo estatuído en los artículos 1431 y 1432 del presente Código.

Art. 1493. — Para que el mandato cese en relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato.

Se presume este conocimiento, sin admitir prueba en contra, por la inscripción en el Registro General de Poderes de todo instrumento del que conste la revocación, substitución o expiración del término del mandato.

Los actos que el mandatario ha realizado antes de conocer la extinción del mandato son válidos respecto del mandante o de sus herederos.

Sobre el parágrafo 1º ver: art. 1964 C. argentino; 3010 del Esboço de T. de Freitas; 2005 C. francés; 1852 C. holandés; 1026 C. austriaco; 2998 C. de Luisiana; 1734 C. español; 176 y 674 C. alemán; 405 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1369 C. portugués; 1352 C. boliviano; 2165 C. chileno; 2199 C. colombiano; 2196 C. ecuatoriano; 1318 C. brasileño; 2088 C. uruguayo; 1707 C. venezolano; 1651 C. peruano; 2597 C. mexicano; 1282 C. costarricense; 3349 C. nicaragüense; 1913 C. hondureño; 1840 del Anteproyecto de Bibiloni; 1135 del Proyecto argentino de 1936; 586 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 516 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 552 Código Civil de la República de China.
Sobre el parágrafo 2º de nuestro artículo, ver el art. 254 de la Ley paraguaya Nº 325 o Ley Orgánica de los Tribunales.
Sobre el parágrafo 3º ver: art. 1729 C. italiano de 1942
La regla es, pues, que la revocación del mandato sólo notificada al mandatario no puede ser opuesta a los terceros que, en su ignorancia, trataron con él de buena fe, sin perjuicio de la acción del mandante contra el mandatario por los daños y perjuicios que le hubiere causado.
La institución del Registro de Poderes ha simplificado las cuestiones que antes de su establecimiento se suscitaban por revocación del mandato sólo notificado al mandatario.

Art. 1494. — Es facultativo a los terceros obligar o no al mandante, sus herederos o representantes, por los contratos que hubieren hecho con el mandatario en la ignorancia de la extinción del mandato; más el mandante, sus herederos o representantes, no podrán prevalerse de esa ignorancia para obligarlos por lo que se hizo después de la cesación del mandato.

Ver: art. 1968 C. argentino; 3013 del Esboço de T. de Freitas; 1841 del Anteproyecto de Bibiloni; 1136 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1495. — No obstante la extinción del mandato, es obligación del mandatario, de sus herederos, o representante de sus herederos incapaces, continuar por sí, o por otros los negocios comenzados que no admiten demora, hasta que el mandante, sus herederos o representantes dispongan sobre ellos, bajo pena de responder por el perjuicio que de su omisión resultare.

Ver: art. 1969 C. argentino; 3018 del Esboço de T. de Freitas; 1322 y 1323 C. brasileño; 2010 C. francés; 1728 C. italiano; 673 C. alemán; 405 parág. 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1367 C. portugués; 3003 C. de Luisiana; 1739 C. español; 2170 C. chileno; 2196 C. colombiano; 1655 C. peruano; 2602 C. mexicano; 1284 C. costarricense; 3352 C. nicaraguense; 1918 C. hondureño; 587 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 515 Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 551 Código Civil de la República de China; 1842 del Anteproyecto de Bibiloni; 1137 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1496. — El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera, y obligar al mandatario a la devolución del instrumento de que conste el mandato. El nombramiento de nuevo mandatario para el mismo negocio, produce la revocación del primero, desde el día en que se le hizo saber a éste, o en su defecto, desde su toma de razón en el Registro General de Poderes.

Ver: arts. 1969 y 1970 C. argentino; 2004 y 2006 C. francés; 1723 parág. 1º y 1724 C. italiano; 1364 y 1365 C. portugués; 1851 C. holandés; 1020 y 1021 del C. austriaco; 2997 y 2999 C. de Luisiana; 1733 y 1735 C. español; 1319 C. brasileño; 2164 a 2166 C. chileno; 2190 a 2192 C. colombiano; 2187 a 2189 C. ecuatoriano; 2087 a 2089 C. uruguayo; 1351 y 1353 C. boliviano; 1706 y 1708 C. venezolano; 2209 y 2212 C. guatemalteco; 2596 parág. 1º, 2598 y 2599 C. mexicano; 1279 y 1280 C. costarricense; 1650 y 1652 C. peruano; 3346 y 3347 C. nicaraguense; 1912 y 1914 C. hondureño; 582 y 583 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 512 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 549 parág. 1º del Código Civil de la República de China; 1843 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1138 del Proyecto argentino de 1936; 3023 y 3025 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1497. — El segundo mandato que constituya un nuevo mandatario para el mismo negocio, revocará el primero aunque no produzca efecto por el fallecimiento o la incapacidad del segundo mandatario, o porque éste no quiera aceptarlo, o porque el instrumento de que conste sea nulo por falta o vicio de forma.

Ver: art. 1973 C. argentino; 3026 del Esboço de T. de Freitas; 1844 del Anteproyecto de Bibiloni; 1138 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1498. — Interviniendo directamente el mandante en el negocio encomendado al mandatario, y poniéndose en relación con los terceros, queda revocado el mandato, si él expresamente no manifestase que su intención no es la de revocar el mandato.

Ver: art. 1972 C. argentino; 1845 del Anteproyecto de Bibiloni; 1139 del Proyecto argentino de 1936. Reproduce este artículo el parág. Nº 780 pág. 703 de Troplong, Du Mandat, que este autor extrajo de un fallo de la Corte de Génes, 176, Nº 2 y 9. Trátase de uno de los casos de revocación tácita contemplada en el art. 2006 del Código francés.
El trasiego de diversos casos jurisprudenciales franceses al Código argentino hace que abunden en él preceptos traídos de la casuística por los que se disciplinan casos particulares, pero que los códigos modernos abandonan a la decisión de los tribunales.

Art. 1499. — Cuando el mandato es general, la procuración especial dada a otro mandatario, deroga, en lo que concierne esta especialidad, la procuración general anterior.
La procuración especial no es derogada por la procuración general posterior, dada a otra persona, salvo cuando comprendiese en su generalidad el negocio encargado en la procuración anterior.

Ver: art. 1975 y 1976 C. argentino; 3028 y 3029 del Esboço de T. de Feitas; Troplong. opus cit. Nº 791 y 792, pág. 707 y ss.; 1846 del Anteproyecto de Bibiloni; 1140 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1500. — Si el mandato ha sido conferido por varias personas en actó único y para un negocio de interés común, la revocación no tendrá efecto si no es hecha por todos los mandantes, salvo que concurra una justa causa que faculte la revocación aislada de cada uno de ellos sin dependencia de los otros.

Ver: art. 1726 C. italiano; en contra art. 1974 del C. argentino; 1847 del Anteproyecto de Bibiloni; 1141 del Proyecto argentino de 1936.
Nos apartamos del art. 1974 del C. argentino el cual, remitido en su nota a la autoridad de Troplong (opus cit. Nº 719, pág. 662), la contradice. pues. partiendo este autor del principio según el cual la revocación, para ser eficaz, debe emanar del mismo poder que dió la procuración, enseña conforme con la doctrina de Casaregis que los actos que afectan el interés de varias personas, no son eficaces sino cuando son otorgados conjuntamente, o con su asentimiento o su intervención.
Tal es, igualmente, la decisión invariable de la jurisprudencia de los tribunales italianos que los compiladores del Código de 1942 trasegaron a su art. 1726.

La revocación aislada permitida, según Troplong, es la que uno de los socios de una sociedad podría hacer del mandato conferido al gerente, pero no por motivos que tengan que ver con el mandato mismo, sino porque pudiendo el socio demandar la disolución de la sociedad misma, mal podrían sus otros socios oponerse a la revocación singular o aislada que él hiciese de los poderes del gerente, si tuviesen interés en la subsistencia de la sociedad.
Agrega Troplong que disponiéndose por el art. 1859 del C. francés que faltando convenios especiales sobre la forma de la administración, se seguirán las reglas siguientes: 1º Los socios están considerados como si recíprocamente se hubiesen dado poder para administrar uno por otro... etc., (regla reproducida por el art. 1677 del C. argentino; 2081 del C. chileno; etc.), lógico es que si cada socio ha delegado sus poderes al gerente, pueda revocarle el mandato que le confirió, cada uno por separado. La justa causa podría ser en este caso la pérdida de la confianza que el socio ha depositado en el gerente a raiz de informes recibidos con posterioridad al mandato.

Art. 1501. — El mandato conferido en el interés común del mandante y mandatario, o de un tercero, no se extingue por la muerte o la incapacidad sobrevenida al mandatario, ni por revocación de parte del mandante, salvo estipulación en contrario o que concurra una justa causa.

Ver: arts. 1723 parág. 2º C. italiano; 1982 C. argentino; 1852 del Anteproyecto de Bibiloni; 1146 del Proyecto argentino de 1936; 2098 C. uruguayo.
Viene de lejos esta regla. Ya Casaregis, fuente de información de Troplong, dijo a propósito del caso del procurator in rem suam que: "Tale mandatum revocari non potest nec tacite per mortem, nec per expressam revocationem". Tal es el caso, agrega Troplong, del asociado encargado de la administración por una cláusula especial del contrato de sociedad, cuyo mandato no puede ser revocado sin causa legítima (opus cit. Nº 718, pág. 661).
En los tres casos que pueden ofrecerse, fuera del mandato ejercido en el exclusivo interés del mandante: 1º mandato otorgado en interés común del mandante y mandatario (**mandatum tua et mea gratia**); 2º en interés de un tercero (**mandatum aliena gratia**) y 3º en interés del mandante y de un tercero (**mandatum mea et aliena gratia**), los efectos económicos del mandato afectan al mandante mismo, o al representante y representado conjuntamente, o al tercero, o al representado y al tercero, supuestos en los cuales, por la comunidad de intereses, adquiere el mandato caracter bilateral y es por tanto irrevocable, salvo justa causa de revocación o estipulación en contrario (ver: Messineo, opus cit. **Parte Generale**, pág. 313; y Grandi, opus cit. Nº 716, pág. 480).
La irrevocabilidad absoluta es inadmisible.

Art. 1502. — Es irrevocable el mandato:
1º. Cuando se hubiese estipulado que el mandante no podrá revocarlo.
2º. En los casos, en general, en que fuese condición de un contrato bilateral, o el medio de cumplir una obligación contratada, como es, en las letras u órdenes, el mandato de pagarlas.
3º. Cuando fuese conferido al socio, como administrador o liquidador de la sociedad, por disposición del contrato social, salvo pacto en contrario de los estatutos, o disposición especial de la ley.

Ver: arts. 1977 C. argentino; 3031 del Esboço de T. de Freitas; Troplong, opus cit. Nº 718, pág. 661; 1347 C. brasileño. Omitido en los otros códigos.
Tratando Troplong del mandato irrevocable cita el caso del procurator in rem suam o sea el conferido en el exclusivo interés del mandatario. Mas T. de Freitas no lo incluyó en el art. 3031 de su Esboço. No así el legislador brasileño, contra el parecer de Bevilaqua, según puede verse en el inc. 1º del art. 1347 de su Código, a propósito de lo cual dice él que esta excepción a la revocabilidad del mandato, si tuvo su razón de ser en el Derecho romano, sólo ha servido en el Derecho moderno como fuente de inagotables contiendas judiciales.
Repitiendo sin duda, aunque sin mencionar a Maynz, (opus cit. t. II, parág. 187, pág. 78 y ss., 4ª edición) dice Bevilaqua que dada la intransmisibilidad de las obligaciones del Derecho romano, y la necesidad sentida con el progreso económico, de enajenarlas, se inventó un medio de alcanzar este resultado sin recurrir a la **novatio obligationis**. Era así un medio de eludir el rigor del derecho que preceptuaba la intransmisibilidad del vínculo obligatorio y la inmutabilidad de los sujetos de las relaciones creditorias. * Aquel a quien se quería ceder el crédito se le nombraba procurator en la controversia, con facultad de retener para sí la suma obtenida. Este recibía la procuración para accionar y hacía suyo el interés de la acción. Agrega que la procuración en causa propia no importa una cesión de crédito y no es título hábil para transferir derechos reales (ver autor y opus cits. t. V, pág. 64 y ss.).
Refiriéndose nuestro autor al inc. 2º de nuestro artículo, juzga que la irrevocabilidad no resulta del mandato mismo, sino del contrato bilateral de que el mandato es la condición, o del interés del tercero. Así, en el mandato para pagar una deuda, es el interés de aquél en favor del cual se expide la orden, lo que impide la revocación del mandato.
Cuanto al inciso 3º estima que mejor estaría en el capítulo de la sociedad, a cuya teoría pertenece. Nosotros, empero, conservamos este precepto, como complemento de los casos de irrevocabilidad del mandato.
Basto y complejo es el tema de la irrevocabilidad del mandato. A esclarecerlo, escribió Stolfi una substanciosa monografía que vertida a nuestro idioma fue dada a la estampa en Buenos Aires por la Revista Crítica de Jurisprudencia, pág. 97 y ss.; y el doctor Leonardo A. Colombo otra en la Revista "La Ley" del 30 de Junio de 1955, sobre el mismo tema. La extensión de ambos estudios no nos permite resumirlos en esta apostilla.

Art. 1503. — La revocación del mandato oneroso, conferido por un tiempo determinado o para un determinado negocio, obliga al mandante a resarcir los daños, si la hace antes del vencimiento del término o del cumplimiento del negocio, salvo que concurra una justa causa.
Si el mandato es por tiempo indeterminado, la revocación obliga al

mandante al resarcimiento, cuando no se dé un oportuno preaviso, salvo que concurra una justa causa.

Ver: art. 1725 C. italiano. El mandato gratuito, prestado como acto de mera amistad, la amicitia de los romanos, es revocable ad nutum, sin obligación del mandante al resarcimiento del daño. No así, el mandato oneroso conferido por tiempo determinado, el cual, aún pudiendo ser revocado antes del término establecido, obliga al mandante al resarcimiento del daño. Tratándose del mandato conferido por tiempo indeterminado se impone al mandante la obligación de poderlo revocar previo aviso anticipado al mandatario.

Art. 1504. — El mandatario que renuncia sin justa causa el mandato debe resarcir los daños al mandante. Si el mandato es por tiempo indeterminado, el mandatario que renuncia sin justa causa está obligado al resarcimiento, si no ha dado un oportuno preaviso.

El mandatario, aunque renuncie con justa causa, debe continuar sus gestiones, si no le es del todo imposible, hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta.

Ver: arts. 1727 C. italiano; 1978 y 1979 C. argentino; 2007 C. francés; 671 C. alemán; 1021 C. austriaco; 404 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1368 C. portugués; 1736 C. español; 2167 C. chileno; 2193 C. colombiano; 2190 C. ecuatoriano; 2093 C. uruguayo; 1320 C. brasileño; 1709 C. venezolano; 1354 C. boliviano; 1653 C. peruano; 2213 C. guatemalteco; 2603 C. mexicano; 1285 C. costarricense; 3353 C. nicaraguense; 1915 y 1916 C. hondureño; 2915 y 3010 inc. 7º, 3018 y 3019 del Esboço de T. de Freitas; 584 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 512 parág. 2º y 3º del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 552 C. Civil de la República de China; 1849 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1143 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1505. — Extinguiéndose el mandato por fallecimiento o incapacidad sobreviniente del mandatario, sus herederos o aquel que lo represente o lo asista, si tienen conocimiento del mandato, deben comunicarlo inmediatamente al mandante y tomar entre tanto en interés de éste las providencias exigidas por las circunstancias, cuando comenzado hubiere peligro en demorarlo.

Ver: art. 1728 parág. 2º C. italiano; 1980 in fine del C. argentino; 1850 del Anteproyecto de Bibiloni; 1144 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1506. — Todo mandato destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, sólo valdrá si reviste la forma de una disposición testamentaria.

Ver: art. 1983 C. argentino; 3041 del Esboço de T. de Freitas; 1853 del Anteproyecto de Bibiloni; 1147 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1507. — La incapacidad sobreviniente del mandante o mandatario sólo extinguirá el mandato en la medida en que alguno de ellos pierda en todo o en parte por disposición de la ley el ejercicio de sus derechos.

Ver: art. 1984 C. argentino; Pothier, Traité du Contrat de Mandat, in Oeuvres, t. V, Nº 111, pág. 216, 2ª edición; Troplong, opus cit. Nº 744, pág. 682; Duranton, t. XVIII, Nº 285, pág. 280, 4ª edición; Delvincourt, opus cit. t. III, pág. 135 y nota 1, pág. 246 etc.
Modificamos los términos absolutos del art. 1984 porque casos hay en que la incapacidad sobrevenida al mandante o al mandatario no le hace perder todos sus derechos, como en el caso de la falencia, en que el mandato que no sea incompatible con la situación de mandante o mandatario, subsiste por aplicación de los arts. 1160, 1985, 1737 del C. argentino, según así lo ha hecho notar Segovia (t. I, nota 120 al art. 1986 de su numeración, pág. 535, primera edición).
Así, el fallido podría haber dado antes de su quiebra poder para cobrar sueldos o pensiones adeudados por el Estado, o para administrar bienes que hubiese recibido por donación o legado bajo condición de no quedar sujeto al desapropio. Dado lo dispuesto por el art. 1.151 del C. de Comercio, mandatos tales subsistirían. La privación de su capacidad de obrar por efecto de la declaración de quiebra no alcanza a los actos contemplados en el art. 1451 del C. de Comercio.
Dado que por el presente código el matrimonio de la mujer mayor de edad no afecta a su capacidad de obrar, desde que goza de idénticos derechos civiles que su marido, no interesa a nuestro estudio los efectos del matrimonio en relación a su capacidad de hecho o de ejercicio, como acontecía bajo la vigencia del C. argentino.

Art. 1508. — Salvo pacto en contrario, el mandato conferido a varias personas designadas para operar conjuntamente se extingue aun cuando la causa de extinción concierna a solo uno de los mandatarios.

Ver: art. 1730 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior.
La circunstancia de ser conjunto el desempeño del mandato colectivo, hace que la voluntad de todos valga por una sola voluntad, de suerte que siendo así, mal podría subsistir dicho mandato si solo uno de ellos fuese afectado de incapacidad de obrar.

TITULO XIX

DEL CONTRATO DE COMISION

Capítulo único

Art. 1509. — El contrato de comisión es un mandato que tiene por objeto la adquisición o la venta de bienes por cuenta del comitente y en nombre del comisionista.

Ver: art. 1731 C. Civil italiano; 380 del C. de Comercio italiano; 94 C. francés de Comercio; 232 Códigos paraguayo y argentino de Comercio; Pardessus, opus cit. t. I, Nº 40, pág. 44 y t. II, Nº 555, pág. 56; Delamarre & Le Poitvin, opus cit. t. II, Nº 10, pág. 39; Bravard-Veyrreres, con anotaciones de Demangeat, opus cit. t. t. II, pág. 267; Lyon-Caen & Renault, opus cit. t. I, Nº 138, pág. 152; Thaller y Percerou, Nº 110 y 111, pág. 679; Messineo, t. VI, parág. 155, Nº 17 — II, pág. 55; Di Blasi, opus cit. Parte Generale, Nºs. 324 y 325, pág. 319; Giacomo Russo, in Codice Civile — Libre delle Obbligazioni, bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, pág. 502 y ss.; Gandi, opus cit. Nº 717, pág. 481; art. 425 a 438 del C. Federal suizo de las Obligaciones; Rossel, opus cit. t. I, Nº 769, pág. 502.

La comisión es una variedad del mandato del que sólo se distinguía: 1º porque es oneroso o remunerado; 2º en que no es representativo, porque el comisionista, aun vinculado en el orden interno al comitente por una relación de mandato, obra o actúa en el orden externo, o sea respecto de terceros, a nombre propio, pero siempre por cuenta de aquél. En Derecho suizo, el comisionista no necesita obrar por cuenta de otro, porque toda persona, en un caso, aislado, puede obrar como comisionista. En la actualidad, la distinción por la remuneración de la comisión, ha perdido su vigencia.

Las numerosas cuestiones a que el contrato de comisión puede dar lugar, deben ser resueltas, a falta de disposición expresa de la ley, de acuerdo con los principios generales.

Así, en la comisión de venta, la propiedad de las mercaderías consignadas es retenida por el comitente hasta la tradición de ellas al comprador, de suerte que, siendo así, los riesgos de la cosa son de su cargo hasta ese momento. Por consiguiente, y, como propietario que es, goza del derecho de reivindicar las cosas consignadas en caso de quiebra del comisionista. Como la comisión no transfiere al comisionista el dominio de las cosas que le son consignadas, el art. 1470 de nuestro Código de Comercio llama acreedor de dominio al comitente que las consignó.

En la comisión de compra de cosas muebles, el comitente no deviene propietario de las cosas adquiridas por el comisionista, sino por la tradición, porque si el comisionista ha transferido su posesión a un comprador de buena fe, el mandante perdería el derecho de reivindicarlas que le confiere el art. 1455 del presente Código.

Siendo la comisión un género de mandato, le son aplicables las disposiciones que disciplinan este contrato. De esta suerte, los acreedores personales del comisionista no pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes que éste ha adquirido por cuenta de su comitente, como lo preceptúa nuestro art. 1452. El comisionista está obligado a dar cuenta al comitente de las circunstancias sobrevenidas que puedan determinar la revocación de la comisión, como lo estatuye nuestro art. 1466, parág. 2º. Tampoco puede exceder los límites fijados a su comisión, según así lo dispone el art. 1471. Debe comunicar sin demora al comitente la conclusión del negocio, art. 1470; debe rendirle cuenta de su actuación, art. 1471; debe abonarle los intereses legales sobre las sumas cobradas por cuenta del comitente, art. 1474 y así sucesivamente.

Art. 1510. — El comisionista se presume autorizado para conceder prórrogas de pago adecuadas a las circunstancias y en el interés del mejor resultado del negocio, si el comitente no ha dispuesto otra cosa.

Si contra la prohibición del comitente o de circunstancias manifiestamente adversas a la seguridad del cobro, concediere el comisionista prórrogas de pago, podrá el comitente exigirle el pago inmediato, salvo el derecho del comisionista de hacer propios los beneficios derivados de la prórroga concedida.

El comisionista que ha concedido prórrogas de pago debe indicar al comitente la persona del contratante y el plazo concedido. Si así no lo hiciere, se considerará hecho el negocio sin plazo alguno y se aplicará lo dispuesto en el parágrafo anterior.

Ver: art. 1732 C. italiano; 393 del C. de Comercio alemán; 429 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 242 y 257 de nuestro C. de Comercio; 384 y 385 del C. de Comercio italiano.

La presente disposición nada innova en nuestro Derecho comercial, pues, análoga regla es la consagrada por el art. 257 del C. mercantil paraguayo y argentino, directamente inspirado en la doctrina enseñada por Pardessus, opus cit. t. II, Nº 567, pág. 74; Delamarre & Le Poitvin, opus cit. t. 355, pág. 522 y ss; Alauzet, opus cit. t. III, Nº 1059, pág. 332 y ss.; Lyon-Caen y Renault, opus cit. t. III, 443, pág 397; y en el Derecho italiano: Di Blasi, opus cit. Parte Generale, pág. 320; Giacomo Russo in Codice Civile bajo la dirección de D'Amelio y Finzi, t. I, pág. 508; Grandi, opus cit., Nº 717, pág. 481.

Deber del comisionista es ceñirse estrictamente a las instrucciones del comitente, pues, aun contratando a nombre propio con terceros, lo hace por cuenta de aquél. Viene de aquí que a falta de instrucciones deba interpretar la voluntad de su mandante. Si, pues, desdeñando sus órdenes o excediéndose en atribuirle una intención contraria a su voluntad, vendiese al fiado las cosas que le fueron consignadas y otorgarse plazos al comprador para el pago, lógico es que asuma los riesgos y peligros del negocio, como exoresamente lo estatuye el parágrafo 1º del art. 429 del C. Federal suizo de las obligaciones.

Nuestro artículo, a igual que este precepto, presume que el comisionista está facultado a vender a crédito y otorgar plazos para el pago, a falta de órdenes o instrucciones contrarias de su comitente

Mas al hacerlo, debe fijar la atención en las circunstancias y en lo que más convenga al éxito del negocio. Podría ocurrir que la venta al contado fuese difícil, por razón del precio de la mercadería, o de la depresión económica general, por lo que se aconsejase la venta a crédito y a un precio mayor que el que se obtendría en la venta al contado. Por el contrario, no se justificaría que siendo más fácil y a buenos precios la venta al contado, otorgase el comisionista plazos para el pago con sensible pérdida en el precio, o si los plazos fuesen concedidos a compradores de escasa solvencia, sin seguridad alguna para el cobro. Los perjuicios que así causase a su comitente, serían de su cargo. Nuestro artículo faculta al comitente a exigirle el pago inmediato del valor de la mercadería, salvo el derecho del comisionista a hacer suyos los beneficios eventualmente derivados de la prórroga. De igual derecho goza el comitente que impartió la prohibición de otorgar prórrogas al pago.

Art. 1511. — No convencionado las partes la remuneración debida al comisionista, será ella determinada: por el acuerdo tácito, resultante del uso del comisionista conocido del comitente o de la precedente que otras consignaciones pasadas entre ambos hubieran establecido; y en su defecto, por peritos arbitradores.

Ver: art. 1733 C. italiano; 274 de nuestro Código de Comercio. Estos dos preceptos remiten la fijación de la retribución debida al comisionista al uso comercial del lugar donde se hubiere ejecutado la comisión. Mas el uso o la costumbre, objetivamente considerados, en estas jóvenes naciones de América, de corta tradición en su hábitos mercantiles, carecen del relieve, precisión y seguridad de que se hallan revestidos en las comarcas de milenaria práctica de los negocios mercantiles, como acontece con los pueblos de Europa. Tal es la razón por la cual no le conferimos valor jurídico al uso o a la costumbre, sino en casos excepcionales, y optamos esta vez por la fórmula propuesta por Segovia en su nota 966 al art. 274 del C. de Comercio argentino (opus cit. t. I, pág. 305).

Art. 1512. — Mientras el comisionista no haya concluído el negocio podrá el comitente revocar la orden de concluirlo. En este caso, corresponde al comisionista una parte de la remuneración para determinar la cual se tendrán en cuenta los gastos irrogados y la obra realizada.

Art. 1734 C. italiano; 405 Inc. 3º C. alemán de Comercio; 438 C. Federal suizo de las Obligaciones, 275 parág. 2º y 276 de nuestro Código de Comercio.
Dado que la comisión es una variedad del mandato, regida por las leyes de este contrato en todo lo que no se provea en la presente Sección, y presumiéndose oneroso el mandato (art. 1464), ocioso es que la comisión no sea gratuita, salvo pacto expreso en contrario, y deba el comitente retribuir la operación o negocio concluído, como lo preceptúa el parág. 1º del art. 275 de nuestro Código de Comercio. Mas si no estando concluído el negocio para el cual se dió la comisión, revocase el comitente la orden de concluirlo, no por eso perderá toda retribución el comisionista, quien, desde luego, podría justificar haber hecho gastos y trabajos realizados con mira a la celebración del contrato.
Nuestro artículo, como su fuente, no subordina este derecho a una parte de la remuneración a la condición de que la ravocación del mandato sea hecha sin causa jurídica, procedente de culpa del comisionista, como lo estatuye el parág. 2º del art. 275 de nuestro Código de Comercio. Según ésto, si la revocación se funda en la culpa del comisionista, no tendría derecho a una parte de la retribución ordinaria, decisión que, aun siendo meramente inferida del texto expreso de dicho artículo, no ha sido dada por tratadista alguno y en cambio se ha prestado a la aplicación de preceptos contradictorios, como los señalados por Segovia en la nota 969 al art. 275 del C de Comercio (ver t. I, pág. 306).
Tampoco nuestro artículo fija en no menos de la mitad de la comisión ordinaria la retribución debida al comisionista, siquiera ella no sea la que exactamente corresponda a los trabajos practicados. Criticada esta decisión por Vidari, pareció sabia a Segovia, mas no así a los compiladores del Código italiano de 1942, que optaron por no limitarla en su monto, de suerte que puedan fijarla los arbitradores.

Art. 1513. — En la comisión de compra o de venta de títulos, divisas o mercaderías que tengan un precio corriente públicamente proclamados, si el comitente no ha expresado otra cosa, puede el comisionista proporcionar el precio con indicación de las cosas que puede comprar, o puede adquirir para sí las cosas que debe vender, salvo, en todo caso, su derecho a la remuneración.

Aun cuando el comitente haya fijado el precio, el comisionista que adquiere para sí no puede fijar un precio inferior al corriente en el día en que lleva a cabo la operación, si éste es superior al precio fijado por el comitente; y el comisionista que proporciona las cosas que debe comprar no puede fijar un precio superior al corriente si éste es inferior al precio fijado por el comitente.

Ver: art. 1735 C. italiano; 386 del Código italiano de Comercio; 400 C. alemán de Comercio; 436 C. Federal suizo de las Obligaciones. Trata el presente artículo del singular instituto conocido con el nombre de "entrada del comisionista en el contrato", en cuanto contratando en el interés del comitente, puede comprar o vender en nombre propio, las cosas que aquél le han encargado de comprar o vender.
Cuando la comisión tiene por objeto la compraventa de cosas que tienen un precio corriente públicamente establecidos o proclamados por la Bolsa o por los Bancos públicos, como títulos al portador, acciones de compañías, o divisas del mercado libre, la ley, con mira a tutelar al comitente que puede estar lejos del lugar en que la compraventa se celebra e ignorar los precios, estatuye que la venta o la compra deben siempre tener lugar, por lo menos, según el precio corriente, si éste es más favorable al comitente que el precio fijado por él (ver Grandi, opus cit. Nº 717, pág. 481).
Los presupuestos de aplicación de nuestro artículo son, según Messineo, los siguientes:
a) que la comisión tenga por objeto la compra o la venta de títulos de crédito, divisas extranjeras o mercaderías de precio corriente públicamente proclamados;

b) que el comitente no haya dispuesto otra cosa que haya jurídicamente imposible el negocio.
c) que el comisionista tenga la facultad alternativa de proporcionar, él, las cosas que debe comprar (caso de comisión de compra) o respectivamente, de adquirir para sí las cosas que debe vender (caso de comisión de venta), en lugar de comprar o, respectivamente, vender, estipulando el correspondiente contrato con un tercero.
d) que aun cuando el comitente haya fijado el precio (máximo) de compra, o, respectivamente (mínimo) de venta, el comisionista debe hacer pagar al comitente un precio que no sea superior al corriente (aunque éste sea inferior al fijado por el comitente); y, respectivamente, correspondería al comitente un precio que no fuera inferior al corriente (aunque éste fuera superior al fijado por el comitente).
El precio corriente es el del día en que el comisionista cumple el encargo recibido, mediante su entrada en el negocio
e) queda a salvo el derecho del comisionista a la remuneración o comisión. (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 155, Nº 18, pág. 55 y ss.).

Art. 1514. El comisionista que, en virtud del pacto contemplado en el art. 1476, toma sobre sí la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro, está obligado a favor del comitente por la ejecución del negocio, como principal deudor, en la extensión y límites de aquel precepto. En tal caso tiene derecho, además de la remuneración ordinaria, a una mayor remuneración, la cual, en defecto de pacto, se determinará por arbitradores.

Ver: art. 1736 C. italiano; 387 C. de comercio italiano 256 C. de comercio paraguayo y argentino; 394 C. alemán de comercio; 430 del C. Federal suizo de las Obligaciones..

Art. 1515. — El comisionista pierde todo derecho a remuneración y gastos si es culpable de actos de mala fe respecto de su comitente, especialmente si le ha fijado un precio superior al de compra o inferior al de venta. En estos dos casos, el comitente tiene el derecho de considerarle al comisionista como comprador o vendedor, y reclamarle daños y perjuicios.

Ver: arts. 433 C. Federal suizo de las Obligaciones.
Explicando Schneider y Fick esta disposición enseñan que para que hayan "actos de mala fe" no bastará que el comisionista haya violado el contrato, sino que debe él haber abusado de la confianza de su comitente y haberlo causado intencionalmente un perjuicio, ser por pretender gastos superiores a los reales; o una remuneración muy elevada; o por haber entregado mercaderías inferiores a las adquiridas y demandar por ellas un precio muy elevado.
Incurriría igualmente el comisionista en actos de mala fe si ejecutara el mandato en beneficio de un tercero, como por ejemplo, si comprara mercaderías a un precio muy elevado o las vendiese a un precio muy bajo, para partir con el tercero los beneficios resultantes de tales negocios.
En tales casos podrá el comitente exigir del comisionista la entrega de la mercadería, contra reembolso de los gastos y pago del precio corriente en plaza, o cotizado en la Bolsa o bien un precio equitativo.
Y correlativamente, si se trata de comisión de venta, podrá el comitente hacerse pagar el precio real de la mercadería que el comisionista habría en realidad obtenido, o pudo haber obtenido si hubiese cumplido lealmente el contrato.
Cuando el comitente se niega a admitir un negocio concluído deslealmente por el comisionista, pierde éste todo derecho a su remuneración y al reembolso de sus gastos.
Si el comitente ha anticipado al comisionista los gastos del negocio, tendrá derecho a exigirle su restitución con el interés legal devengado desde que dichos anticipos fueron hechos.

TITULO XX

DEL CONTRATO DE EXPEDICION

CAPITULO UNICO

Art. 1516. — El contrato de expedición es un mandato en virtud del cual el expedidor asume la obligación de concluir, en nombre propio y por cuenta del mandante, un contrato de transporte y de llevar a cabo las operaciones accesorias.

Ver: art. 1737 C. italiano; 388 C. italiano de comercio; 407 a 415 C. alemán de comercio; 439 C. Federal suizo de las Obligaciones; sin antecedente en nuestra legislación comercial.
No se trata en este caso del contrato de transporte que implica la obligación de llevar una cosa de un lugar a otro, sino del que tiene por objeto la obligación del expedidor de concluir, en nombre propio, por cuenta del comitente, un contrato de transporte. (ver Grandi, opus cit. Nº 707, pág. 472). Es una especie o variedad del mandato, al cual se aplican a la vez las reglas del contrato de comisión y del contrato de transporte, de los que, sin embargo se diferencia por las disposiciones especiales de la presente Sección. Tal es la razón por la cual en el derecho alemán se le considera como contrato sui generis.

El Código suizo de 1881 disponía por su art. 448 que el comisionista-expedidor es considerado como acarreador y sometido, como tal, a las disposiciones del título XVII (sobre el contrato de transporte). Mas al proyectarse el Código Federal suizo de las Obligaciones, Munzinger quiso disciplinar por disposiciones particulares la situación del comisionista-expedidor. Adhiriéndose la Asamblea Federal a una idea de Fick, adoptó el sistema consagrado por el art. 349 de dicho Código, en buena parte fuente del art. 173(del C. italiano de 1912 (ver: Rossel, opus cit. t. I, Nº 790, pág. 515).
Buena falta que hacía la configuración de este contrato que en sus pañales apareció punto menos que confundido con el de transporte o acarreo, como una actividad auxiliar del comercio, sin fisonomía propia. lo que explica el blanco que respecto de él ofrece el Código de comercio argentino y paraguayo.
La actividad del expedidor no es meramente auxiliadora que, por ser tal, haya de seguir difusa en la legislación. Requiere ella, como lo explica Di Blasi, una particular dotación de materiales, de personal de depósitos o almacenes y un especial conocimiento técnico sobre tarifa arancelaria, legislación aduanera (Código), tarifa de seguros, sistema monetario etc. (ver autor y opus cit. Parte Generale, pág. 325).
Siendo así, bien está que el presente Código dé carta de ciudadanía al contrato de expedición, como variedad del contrato de comisión, el que a su vez lo es del de mandato.

Art. 1517. — En tanto el expedidor no haya concluído el contrato de transporte, con el porteador, podrá el remitente revocar la orden de expedición, con obligación de reembolsar al expedidor los gastos hechos y pagarle una retribución equitativa por la actividad que hubiere prestado.

Ver: 1738 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, ni el Código Federal suizo de las Obligaciones.
Se trata de un precepto fundado en el mismo principio de nuestro art. 1496, rector de la revocación del mandato, y que encuentra explicación en la circunstancia de ser concluído el contrato de transporte por cuenta del comitente, puede éste, en su propio interés y por causas sobrevenidas que el expedidor no tiene el derecho de indagar, revocar o modificar la orden de expedición.
Consensual el contrato de transporte por el que se conviene acerca de la cosa que debe transportarse, el lugar a donde debe ser transportada y la comisión, lógico es que la revocación de la orden de expedición importe la obligación de reembolsar los gastos al expedidor y de abonarle una compensación por sus trabajos ya hechos.

Art. 1518. — En la elección de la vía, del medio y de las modalidades del transporte de la mercadería, el expedidor está obligado a observar las instrucciones de su comitente, y, en su defecto, a obrar según el mejor interés del mismo.
Salvo que se haya ordenado otra cosa, el expedidor no está obligado a proveer al seguro de las cosas expedidas.
Los premios, los abonos y los beneficios de tarifa obtenidos por el expedidor deben ser acreditados al comitente, salvo pacto en contrario.

Ver: art. 1739 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, ni el C. Federal suizo de las Obligaciones.
El expedidor, como cualquier otro mandatario, responde al comitente del cumplimiento del mandato, como lo estatuyen los arts. 1466 y ss., del presente Código.

Art. 1519. — La medida de la retribución debida al expedidor por la ejecución del encargo se determina, en defecto de convención, de acuerdo con las tarifas o aranceles profesionales vigentes en el lugar de la expedición.
Los gastos anticipados y la retribución por las prestaciones accesorias realizadas por el expedidor, serán liquidados sobre la base de los documentos justificativos, a menos que su monto haya sido previamente convenido en una suma global unitaria.

Ver: art. 1740 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, ni en el Código Federal suizo de las Obligaciones.
El presente artículo se funda en que el mandato se presume oneroso, de suerte que siendo así, pueden las partes convenir por anticipado el monto de la retribución de los servicios del expedidor y del reembolso de sus gastos.
La fuente de nuestro artículo remite la fijación del monto de la retribución, a falta de convención expresa de las partes, a las tarifas profesionales, y en su defecto a los usos del lugar en que tiene lugar la expedición.
No practicándose hasta ahora entre nosotros el contrato de expedición, no hay arancel alguno aprobado por ley del Congreso. Tampoco existen usos o costumbres a las cuales podrían las partes remitir la apreciación de la retribución de tales servicios, razón por la cual optamos por solo las tarifas o aranceles profesionales, que alguna vez se dictarán.

Art. 1520. — El expedidor que con medios propios o ajenos asume la ejecución del transporte en todo o en parte, tiene los derechos y las obligaciones del porteador.

Ver: art. 1471 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior ni en el Código Federal suizo de las Obligaciones.
Según el presente artículo, puede el expedidor asumir por cuenta propia, en todo o en parte, la obligación del porteador, caso en el cual quedará sometido a las disposiciones del capítulo siguiente.

TITULO XXI

DEL CONTRATO DE TRANSPORTE

CAPITULO I

Art. 1521. — El contrato de transporte es un mandato en virtud del cual el porteador se obliga, mediante una retribución en dinero, a trasladar personas o cosas de un lugar a otro.

Las reglas del mandato son aplicables al contrato de transporte, salvo las derogaciones resultantes del presente Capítulo.

Ver: arts 1678 C. italiano; 425 C. de Comercio alemán; 440 C. Federal suizo de las Obligaciones; 162 C. paraguayo y argentino de comercio; 388 C. italiano de comercio; 103 y ss., C. francés de Comercio; Pardessus, opus cit. t. II, Nº 537, pág. 42; Alauzet, opus cit. t. III, Nº 1102, pág. 390; Bravard-Veyrrieres, opus cit. t. II, pág. 361; Lyon-Caen & Renault, opus cit. t. I, Nº 139, pág. 153.

Controvierte Segovia la naturaleza de este contrato. Juzga él que aun cuando dicho contrato tenga algo de depósito, es realmente una locación de cosas y de servicios y por consiguiente es consensual y no real (ver opus cit. t. I, nota 553, pág. 184 y ss., y nota 567, pág. 189). Ocurre empero que el propio C. argentino de Comercio califica en su art. 164 de mandatario al empresario de transporte.

El art. 440 del C. Federal suizo de las Obligaciones estatuye por su parág. 2º que las reglas del mandato son aplicables al contrato de transporte, salvo las derogaciones resultantes del presente título, calidad que igualmente le atribuyen Schneider y Fick (opus cit. nota 7, pág. 784). Rossel juzga que sólo ofrece analogías con el mandato, pero que ellas son mayores con el contrato de servicios, y aproximadas al de depósito. (ver autor y opus cit. t. I, Nº 794, pág. 518).

La relación entre remitente y porteador es, sin duda, de mandato, en virtud del cual éste asume la obligación de transportar a destino indicado por aquél las cosas confiadas a su servicio, obligación que a juicio de más de un jurista es un opus, por lo que la obligación del porteador no puede confundirse con el mandato. Y aun cuando la obligación de custodiar la cosa hasta su entrega al destinatario es accesoria, puede acercarla a la del depositario, tampoco hay manera de confundirla con la de éste, porque la custodia es en el depósito obligación principal, al paso que en el transporte es solo accesoria. Y casos hay, como por ejemplo, cuando el destinatario de las cosas que deben transportarse es un tercero, en que el contrato se aproxima a la estipulación en favor de tercero, por virtud de la cual, éste adquiere un derecho propio: no el derecho del remitente (Messineo, opus cit. t. V, parág. 147, Nº 4, pág. 115).

Art. 1522. — Aquellos que por concesión administrativa explotan servicios de línea para el transporte de personas o de cosas, están obligados a aceptar los pedidos de transporte que sean compatibles con los medios ordinarios de la empresa, según las condiciones generales establecidas o autorizadas en el acto de la concesión y que se han hecho saber al público.

Los transportes deben realizarse según el orden de los pedidos. Si simultáneamente fueren formulados varios pedidos, será siempre preferido aquel que fuere de recorrido mayor.

Si las condiciones generales admiten concesiones especiales, el porteador está obligado a aplicarlas en igualdad de condiciones a cualquiera que formule pedido.

Salvo las concesiones especiales admitidas por las condiciones generales, cualquier derogación a las mismas será nula, y a la cláusula diferente se substituirá la norma de las condiciones generales.

Ver: art. 1679 C. italiano; 394 C. italiano de comercio; 190 parág. 2º C. paraguayo y argentino de comercio; 455 C. Federal suizo de las Obligaciones.

El transporte ferroviario paraguayo, prácticamente monopolista en tanto fue explotado por la compañía inglesa del Ferrocarril Central del Paraguay, debió ceñirse por su ley de concesión, al presente caduca, por su transferencia al Estado, al habilitar al concesionario a explotar con carácter permanente el servicio público de transporte terrestre, condicionaron imperativamente el cumplimiento de la prestación a su cargo a la estricta observancia de la igualdad de trato a los usuarios de sus respectivos servicios. Siendo así es peculiar a las concesiones de esta naturaleza la abrogación de la libertad contractual. El empresario debe ceñirse a tarifas aprobadas por el Poder Ejecutivo, sin poder en ningún caso modificarlas por su cuenta, ni discutirla con cada solicitante de transporte, el cual debe cumplirse conforme a horarios preestablecidos.

Extendido en la actualidad el transporte de cosas y parsonas a la vía aérea, las empresas que quieran explotarlo con carácter permanente, como servicio público, deben ser previamente autorizadas por concesión de la autoridad administrativa, sujetas en el desempeño de su cometido a las disposiciones del Código aéreo, igualmente inspirado en el principio de la igualdad de trato a los usuarios del servicio.

Explícase así que por el primer apartado de nuestro artículo se estatuya que los concesionarios de servicios públicos de transporte deben aceptar los pedidos que sean compatibles con los medios ordinarios de la empresa, según las condiciones generales establecidas por la ley de concesión; y que por el

segundo parágrafo se preceptúe la obligación de observar el orden cronológico de los pedidos, sin dar preferencia a ninguno, salvo en el caso de que varios pedidos sean hechos simultáneamente, en el cual se dará preferencia al de mayor recorrido.
El parágrafo tercero estatuye la inderogabilidad de las tarifas.

Art. 1523. — Las disposiciones de este Capítulo se aplican también a los transportes por agua o por aire y a los ferroviarios y postales, en cuanto no estén derogadas por los Códigos de la navegación fluvial y aérea y por las leyes especiales.

Ver: art. 1680 C. italiano.

CAPITULO II

Del transporte de personas

Art. 1524. — Salvo la responsabilidad por el retardo y por el incumplimiento en la ejecución del transporte, el porteador responde de los siniestros que afecten a la persona del viajero durante el viaje y de la pérdida o la avería de las cosas que el viajero lleva consigo, si no prueba que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

Son nulas las cláusulas que limitan la responsabilidad del porteador por los siniestros que afecten al viajero.

Las normas de este artículo se observan también en los contratos de transporte gratuito.

Ver: art. 1681 C. italiano; 1629 a 1631 del C. italiano abrogado y 400 del C. italiano de comercio; 103 del C. francés de comercio; 162 y 184 C paraguayo y argentino de Comercio. Totalmente omitido en el C. Civil argentino, incluso en el Capítulo de la Locación de servicios. Los viejos códigos de comercio, incluso el Federal suizo de las Obligaciones, nada disponen acerca del transporte de personas. Sólo disciplinan el transporte de cosas o mercaderías, y así cómo sólo por analogía sería en Suiza aplicable el art. 449 de dicho Código, según el cual "El porteador responde de todo accidente ocurrido y de toda culpa cometida durante el transporte, sea que él mismo lo haya efectuado hasta destino, sea que él haya encargado a otro porteador, salvo, en este último caso, su recurso contra aquel que le ha remitido la mercadería".
Aun cuando por el art. 103 del C. francés de comercio sólo se responsabiliza al porteador de cosas o mercaderías, la jurisprudencia ha enriquecido esta materia al aplicar dicho precepto al transporte de personas. Y es así cómo en distintos y repetidos fallos se ha decidido que el porteador, contractualmente obligado a transportar al viajero sano y salvo a destino, debe probar, en caso de accidente, que la inejecución de su obligación depende de una causa extraña que no puede serle imputada. El viajero sólo debe probar que el accidente se ha producido durante el transporte, sin necesidad de evidenciar ni la relación directa entre el accidente y el transporte, ni la causa del accidente. (ver: Dalloz, v. voiture, t. XII, pág. 979 y ss.).
El presente artículo viene a llenar un sensible blanco de nuestra legislación al estatuir la responsabilidad del porteador de personas, no sólo por el retardo y el incumplimiento en la ejecución del transporte, sino también por los siniestros que afecten al viajero durante el viaje, salvo que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño, en cuanto a la culpa.
La actividad del porteador de personas es considerada peligrosa, expuesta a riesgos de siniestros, como en el transporte aéreo.
En materia de incumplimiento del contrato de transporte, es regla fundamental la inversión de la prueba. En caso de siniestro se presume, iuris tantum la culpa del porteador, razón por la cual es de su cargo la prueba de exoneración de responsabilidad consistente en la demostración de haber adoptado las medidas necesarias para evitar el daño que era previsible (vr: Messineo, t. IV, parág. 114, Nº 4, letra b) e y), pág. 237 y ss., y t. V, parág. 147, Nº 14 — IX, pág. 236).

Art. 1525. — En los transportes acumulativos cada porteador responde en la extensión del propio recorrido.

Sin embargo, el daño por el retardo o por la interrupción del viaje se determina en razón del recorrido entero.

Ver: art. 1682 C. italiano. El contrato de transporte acumulativo es un contrato único con pluralidad de porteadores, los cuales participan en cambios sucesivos y distintos entre sí en el tiempo y el espacio. Todos ellos acceden por igual al contrato y asumen, frente al remitente y al destinatario idéntica posición jurídica a la adquirida por el porteador precedente como titular de todas las obligaciones y derechos derivados del mismo contrato. No habría contrato de transporte acumulativo sino tantos contratos como porteadores hayan si el viajero o el remitente tratase directamente con cada uno de ellos, o indirectamente por intermedio del primero (ver: Di Blasi, opus cit. Nº 266, pág. 266).
Así en el transporte ferroviario de Asunción a Buenos Aires, por ejemplo, se ofrece el contrato de transporte acumulativo, pues, para remitir una carga a la Capital argentina la bastará al remitente de la mercadería o al viajero contratar el flete o el pasaje en las estaciones de Asunción o Buenos Aires, cada una de las cuales corresponden a dos empresas ferroviarias distintas: la del Ferrocarril Central del Paraguay cuyas líneas terminan en Encarnación, sobre la orilla derecha del río Paraná, y la del ferrocarril argentino que recibe la carga o al pasajero en los mismos wagones en que salieron de Asunción,

a bordo de un ferri-boat del que ya en Posadas, sobre la margen izquierda del mismo río, pasan a territorio argentino y siguen hasta llegar a destino. Son empresas combinadas para este tráfico, cada una de las cuales responde, como lo estatuye el parágrafo 1º de nuestro artículo, de los siniestros que afecten al viajero en la extensión de su respectivo recorrido. Siendo así, queda determinada la jurisdicción de los jueces y tribunales ante los cuales debe promoverse la acción de indemnización de daños.
Mas si sólo se tratase del daño causado por el mero retardo o por la interrupción del viaje, no se tomará en cuenta el recorrido propio de cada empresa acumulativa, sino el recorrido entero. La acción de daños se promoverá, en este caso, ante los jueces y tribunales de la estación de partida de donde se obtuvo el boleto para viajar a destino.

CAPITULO III

Del transporte de cosas

Art. 1526. — El remitente debe indicar con exactitud al porteador el nombre del destinatario y el lugar de destino, la naturaleza, el peso, la cantidad y el número de las cosas que deben ser transportadas y los otros extremos necesarios para realizar el transporte.

Si para la ejecución del transporte son necesarios documentos particulares, el remitente debe entregarlos al porteador en el acto en que le hace entrega de las cosas que deben ser transportadas.

Son de cargo del remitente los daños que derivan de la omisión o de la inexactitud de las indicaciones o de la falta de entrega o irregularidad de los documentos.

Art. 1683 C. italiano; 390 y 391 del C. italiano de comercio abrogado; 426 y 428 C. alemán de Comercio; 441 C. Federal suizo de las Obligaciones; 165 C. de comercio paraguayo y argentino.
Destinatario es la persona a quien el porteador debe entregar la cosa según las instrucciones del remitente. Este puede designarse a sí mismo o a su representante en el lugar de la entrega.
El expedidor debe indicar con exactitud el número de paquetes y si se trata de máquinas desmontadas, las diferentes partes de que ellas se componen. Si el envío se determina al peso: su kilaje; su longitud en metros o su superficie en metros cuadrados, serán establecidos con precisión. Deberá igualmente indicar el género y los caracteres de la mercadería como sea necesario para que el transporte sea ejecutado convenientemente.
El porteador debe examinar el embalaje, y verificar si se trata de materiales explosivos, frágiles o expuestos a deterioros con el objeto de advertir al expedidor acerca de las medidas de precaución necesarias para su transporte.
Empleándose en la documentación la fórmula: "En vrac", se entenderá que la mercadería viaja sin embalaje.
Los daños derivados de la omisión o de la inexactitud de las indicaciones mencionadas o de la falta o irregularidad de los documentos, son de cargo del expedidor.

Art. 1527. — A pedido del porteador debe el remitente entregarle una carta de porte con su propia firma, en la que éste deberá consignar las indicaciones enunciadas en el artículo anterior y las condiciones convenidas para el transporte.

A pedido del remitente debe el porteador entregarle un duplicado de la carta de porte bajo su propia firma o, en su defecto, un recibo de carga, con las mismas indicaciones.

Salvo disposición contraria de la ley, el duplicado de la carta de porte y el recibo de carga pueden ser librados con la cláusula "a la orden".

Ver: art. 1684 C. italiano; 389, 391 y 392 C. italiano de comercio abrogado; 165 y 166 C. de comercio paraguayo y argentino; Pardessus, opus cit. t. II, 538 a 541, pág. 44 y ss.; Lyon-Caen y Renault, opus cit. t. III, Nºs 564 a 567, pág. 495 y ss., 4ª edición; Segovia, opus cit. t. I, notas 570 a 578, pág. 190 y ss.; Di Blasi, opus cit. Parte Generale, Nº 268, pág. 268; Grandi, opus cit. Nº 709, pág. 474, etc.
La carta de porte (lettre de voiture, del D. francés; lettera di vettura, del D. italiano) no es un elemento constitutivo del contrato, sino un medio de prueba. Puede ser substituido por el recibo de cargo (ricevuta di carico, en D. italiano; recépissé del D. francés y annahmeschein o empfangsschein, del Derecho alemán y de los cantones suizos germanos), expuesto a todos los medios de prueba contraria.
Ni el remitente puede negar la carta de porte, ni el porteador el duplicado de ella o el recibo de cargo, los cuales pueden asumir, por voluntad de las partes, el carácter de título de crédito representativo de la cosa transportada, si son librados con la cláusula a la orden. En este caso, el portador de la carta de porte o del duplicado de ella se subroga en todas las obligaciones y derechos del cargador (art 166 de nuestro C. de Comercio), contra la sola presentación del título, con efecto liberatorio para el porteador, quien puede oponerle sólo las excepciones personales, la excepción de forma, o sea la fundada en el contexto literal del documento, pero no la que depende de la falsedad de la propia firma, de su falta de capacidad o de la falta de capacidad de su representante en el momento de la formación del contrato, o de la falta de condición necesaria para el ejercicio de la acción.
La cláusula "a la orden" permite que la carta de porte pueda circular al portador mediante simple endoso.

Art. 1528. — El remitente puede suspender el transporte y pedir la restitución de las cosas, o bien ordenar su entrega a un destinatario distinto de aquel originariamente indicado o también disponer otra cosa, salvo su obligación de reembolsar los gastos y resarcir los daños derivados de la contraorden.

Cuando el porteador hubiere librado al remitente un duplicado de la carta de porte o un recibo de carga, no podrá el remitente disponer de las cosas entregadas para su transporte, si no exhibe al porteador el duplicado o el recibo para anotar en ellos las nuevas indicaciones, las cuales deben ser suscritas por el porteador.

El remitente no puede disponer de las cosas transportadas desde el momento en que ellas hayan sido puestas a disposición del destinatario.

Ver: art. 1685 C. Italiano; 396 C. italiano de comercio abrogado; 192 C. de comercio paraguayo y argentino; 433 a 435 C. alemán de comercio; 443 C. Federal suizo de las obligaciones; Segovia, opus cit. t. I, pág. 220 y ss.
Bien se ve por este artículo que el contrato de transporte es un mandato en cuanto entraña en todo momento el derecho de revocación del remitente. Si el destinatario es un tercero, éste adquiere un derecho propio y autónomo, como en la estipulación a favor de un tercero.

Art. 1529. Si el comienzo o la continuación del transporte son impedidos o excesivamente demorados por causa no imputable al porteador debe éste pedir inmediatamente instrucciones al remitente, y proveer entretanto a la custodia de las cosas que le han sido entregadas.

Si las circunstancias hacen imposible el pedido de instrucciones al remitente o si sus instrucciones no son ejecutables, el porteador podrá depositar las cosas a tenor del art. 1121 o, si están expuestas a rápido deterioro, puede hacerlas vender a tenor del art. 1122. El porteador debe informar rápidamente al remitente del depósito o de la venta.

El porteador tiene derecho al reembolso de los gastos. Si el transporte se ha iniciado, tiene también derecho al pago del precio en proporción al recorrido, salvo que la interrupción del transporte se deba a la pérdida total de las cosas derivada de caso fortuito.

Ver: art. 1686 C. Italiano; 395 y 403 C. italiano de comercio abrogado; 192 C. de Comercio paraguayo y argentino; 449, 447, 445 C. federal suizo de las Obligaciones.
El presente artículo mejora lo estatuído por el art. 395 del C. italiano de comercio abrogado, el cual es punto menos que el mismo 192 del C. de Comercio paraguayo y argentino, en cuanto faculta al cargador avisado por el acarreador del caso fortuito que impide o demora extraordinariamente el transporte, a rescindir el contrato, pero con la obligación de reembolsar al porteador los gastos que hubiese hecho y restituirle la carta de porte.
Los compiladores del C. Civil italiano de 1942 optaron por abrogar ese derecho del remitente o cargador de rescindir el contrato y dada la facultad que por el artículo precedente se le confiere de suspender el transporte y pedir la restitución de las cosas, decidieron que si por fuerza mayor se hace imposible el comienzo o la continuación del transporte, o éste es excesivamente retardado, debe el porteador pedir inmediatamente istrucciones al remitente, con la obligación de custodiar las cosas que se le han entregado.
Ahora, si las circunstancias hacen imposible el pedido de instrucciones o si éstas no son ejecutables, se faculta al porteador a depositar las cosas a tenor de nuestro art. 1121, o si están expuestas a rápido deterioro, a hacerlas vender como está dispuesto por nuestro art. 1122, de todo lo cual debe dar rápida información al remitente.
La reforma así concebida era la única conciliable con el derecho del remitente de suspender el transporte. Lo estatuído por el parágrafo 3º de nuestro artículo, es lo mismo que preceptúa el In fine del art. 192 de nuestro C. de Comercio.

Art. 1530. — El porteador debe poner las cosas transportadas a disposición del destinatario en el lugar, en el plazo y con las modalidades indicadas por el contrato.

Si la entrega no ha de realizarse en la dirección del destinatario, el porteador debe darle inmediatamente aviso de la llegada de las cosas transportadas.

Si por el remitente se ha librado una carta de porte, debe el porteador exhibirla al destinatario.

Ver: art. 1687 C. italiano; 407 del C. Italiano de comercio abrogado; 195 del C. de comercio paraguayo y argentino; 450 del C. Federal suizo de las Obligaciones.
Con el aviso que el porteador debe dar al destinatario del arribo de las cosas transportadas, se agota la prestación a su cargo. El derecho del destinatario es un derecho autónomo. El no es ni un cesionario, ni un representante del remitente. El es el beneficiario del contrato, derecho que sólo puede hacerse efectivo a la llegada a destino de las cosas transportadas.

Si las cosas no han de ser entregadas a domicilio, debe el porteador dejarlas a su disposición en un lugar de donde pueda él retirarlas y darle inmediato aviso.

Art. 1531. — El plazo de entrega, cuando se han fijado varios términos parciales, se determinará por la suma de éstos.

Ver: art. 1688 C. italiano; 397 del C. de Comercio italiano abrogado; 187 C. de comercio paraguayo y argentino.

El plazo de entrega es el término fijado a la devolución de lo recibido en custodia para su transporte. El art. 187 de nuestro Código de Comercio estatuye que "La entrega de los efectos deberá verificarse dentro del plazo fijado por la convención, las leyes y reglamentos, y a falta de ellos, por los usos comerciales". "Los ferrocarriles deben hacer los transportes de mercaderías en un término que no exceda de una hora por cada diez kilómetros o por la distancia mínima que fijare el poder administrador, contando desde las doce de la noche del día del recibo de la carta".

La velocidad de diez mil metros de recorrido por hora, en una distancia de Asunción a Buenos Aires, permitiría al Ferrocarril C. del Paraguay entregar a destino la mercadería transportada en un tiempo calculado de acuerdo con la suma de tantos miriámetros como quepan en ese trayecto. La empresa, aunque no haga un miriámetro de camino por hora, cumple con hacer la entrega en tiempo.

La inobservancia de uno o varios términos parciales no hace responsable al porteador, siempre que observe el término total. Por el contrario, el porteador responde de la inobservancia del término total de entrega, porque hay incumplimiento. Debe por consiguiente el resarcimiento del daño causado al destinatario, puesto que, transcurrido el término de entrega, éste no tiene ya de ordinario interés en la recepción de las cosas transportadas.

Art. 1532. — Los derechos que nacen del contrato de transporte frente al porteador corresponden al destinatario desde el momento en que, llegan las cosas a destino o vencido el término en que habrían debido llegar, el destinatario pide su entrega al porteador.

El destinatario no puede ejercer los derechos nacidos del contrato sino contra pago al porteador de los créditos derivados del transporte y del porte, que gravan las cosas transportadas. En el caso de que el monto de las sumas debidas sea controvertido, el destinatario debe consignar la diferencia discutida, en el instituto de crédito del Estado.

Ver: art. 1689 C. italiano; 407, 408 y 409 del C. de Comercio italiano abrogado; 196 C. de Comercio paraguayo y argentino.

Ya hemos explicado cómo en virtud del contrato de transporte a favor de un destinatario extraño a la convención se ofrece la aplicación de la estipulación a favor de tercero, por la que éste deviene titular de un derecho autónomo frente al porteador (ver: Messineo, t. IV, parág. 136, Nº 18, pág. 506).

El problema relativo al momento en que surge el poder del destinatario de disponer de las cosas transportadas para él, queda resuelto por nuestro artículo, según el cual, ese poder nace desde que las cosas llegan a destino y son puestas por el porteador a su disposición. Este poder es autónomo, no derivado del poder del remitente. El contrato de transporte no es translativo de propiedad. (Messineo t. V, parág. 147, Nº 4, a) pág. 216).

Mas el parágrafo 2º de nuestro artículo preceptúa que el destinatario no puede ejercer los derechos que para él nacen del contrato sino contra pago al porteador de los créditos derivados del transporte. A explicar y justificar esta decisión la doctrina enseña que en este caso se ofrece una delegación de deuda.

El remitente o cargador (delegante), mediante la cláusula de entrega de la cosa inserta en la carta de porte, confiere al porteador (delegatorio) la autorización de exigir del destinatario (delegado) el crédito por el precio del transporte.

El principio general de los artículos 930 y 931 del presente Código subsiste plenamente en el contrato de transporte. La delegación de pago, dice Di Blasi a este propósito, es un negocio plurilateral, al cual concurren el consentimiento de tres sujetos, y no puede considerarse perfecto sin el concurso de la voluntad del delegado que se obliga a pagar al delegatario con la voluntad de éste que lo acepta. En el contrato de transporte la obligación de pagar el porte debido de parte del destinatario nace ex lege, pero sin que pueda ejercer el derecho que para él nace del contrato al porteador los créditos derivados del transporte (ver autor y opus cits. Parte Generale, Nº 273, pág. 273).

El crédito del acarreador goza de privilegio sobre los efectos transportados que tenga en su poder, tal como lo estatuye el art. 3887 del C. argentino. Es un privilegio especial sobre ciertos muebles, análogo al del posadero sobre los efectos introducidos en la posada. Análoga es la regla del art. 2761 del C. italiano. Viene de aquí lo estatuido en el in fine de nuestro artículo, punto menos que igual a lo preceptuado por el parág. 2º del art. 196 de nuestro Código de comercio, o sea que "En el caso de que el monto de las sumas debidas sea controvertido, debe el destinatario depositar la diferencia discutida en un instituto de crédito del Estado", condición para que el porteador se vea en la obligación de entregar al consignatario las cosas transportadas.

Art. 1533. — Si el destinatario no puede ser hallado o si se niega o retarda el pedido de entrega de las cosas transportadas, debe el porteador pedir inmediatamente instrucciones al remitente y se aplicarán las disposiciones del art. 1529.

Si surge controversia entre varios destinatarios, sea acerca del derecho del destinatario a la entrega, o de la ejecución de ésta, o bien si el destinatario demora en recibir las cosas transportadas, podrá el porteador depositarlas a tenor del art. 1121 o, si están expuestas a rápido deterioro, puede hacerlas vender a tenor del art. 1122 por cuenta del derecho habiente. Debe el porteador informar de inmediato al remitente acerca del depósito o de la venta.

Ver: 1690 C. italiano; 413 del C. de comercio italiano abrogado; 194, 197 del C. de Comercio paraguayo y argentino; 437 C. alemán de comercio; 453 C. Federal suizo de las Obligaciones.
Los viejos códigos de comercio, como el nuestro, confieren al porteador el derecho de reclamar el depósito judicial de los efectos transportados sin previa consulta al remitente, cuando el consignatario no es hallado en el domicilio indicado, o cuando hallado rehusase recibirlos, o cuando no fuere posible descubrir su paradero o se encontrase ausente.
Mas dado lo preceptuado por el art. 1529 del presente Código, mal podía conferirse esta drástica facultad al porteador, sin previo e inmediato aviso al remitente, quien conservando el derecho de disponer de los efectos transportados, bien podría ordenar al porteador que se los devuelva, sin perjuicio de soportar los gastos irrogados por el transporte. Siendo así, como lo es, el presente artículo mira: 1º a poner al remitente en condiciones de ejercer su derecho, sea a suspender el transporte, o a la devolución de los efectos transportados, o a la entrega de éstos a otro destinatario; 2º a liberar al porteador de su responsabilidad por la custodia de los efectos transportados; y 3º a poner a éste en condiciones de recuperar su crédito.
La segunda parte de nuestro artículo contempla la eventualidad de que surjan controversias entre varios destinatarios; o la demora del destinatario indicado en recibir los efectos, casos en los cuales podrá el porteador pedir el depósito judicial de dichos efectos, como en el caso del art. 1117. Finalmente, contempla la hipótesis de que los efectos transportados estén expuestos a rápido deterioro, como serían las frutas frescas que no admiten demora en su aprovechamiento, caso éste omitido en nuestro Código de comercio.

Art. 1534. — Si el porteador ha librado al remitente un duplicado de la carta de porte a la orden o el recibo de carga a la orden, los derechos nacidos del contrato frente al porteador se transfieren mediante endoso del título.

En tal caso, el porteador queda exonerado de la obligación de dar aviso de la llegada de las cosas transportadas salvo que se haya hecho una indicación domiciliar en el lugar de destino, y ésta resulte de la carta de porte o del recibo de carga.

El poseedor del duplicado de la carta de porte a la orden o del recibo de carga a la orden, debe restituir el título al porteador en el acto de la entrega de las cosas transportadas.

Ver: art. 1691 C. italiano; 392 parág. 1º C. de comercio italiano abrogado; sin antecedente en nuestro C. de comercio, salvo los arts. 165 y 166.
Ya hemos dicho a propósio de nuestro art. 1531 parág. 2º que a pedido del remitente debe el porteador entregarle un duplicado de la carta de porte bajo su propia firma o, en su defecto, un recibo de carga, con las mismas indicaciones; y que salvo disposición contraria de la ley, tanto el duplicado de la carta de porte, como el recibo de carga pueden ser librados con la cláusula "a la orden", caso en el cual el duplicado adquiere la función de título representativo de los efectos transportados, y puede circular y ser transmisible por endoso, como cualquier otro título de crédito con la cláusula "a la orden". Por consiguiente, el poseedor del título puede ejercer los derechos nacidos del contrato.
En este caso, dispone el parág. 2º de nuestro artículo que el porteador queda exonerado de la obligación de dar aviso de las cosas transportadas a menos que en la carta de porte o en el recibo de carga se haya hecho una indicación domiciliar en el lugar de destino. La persona que ocupe este domicilio será así representante legítimo poseedor del título y habiente derecho al transporte. Esta decisión es conforme, como enseña Di Blasi, con la norma contenida en el reglamento de la carta de porte a la orden del transporte ferroviario internacional, aprobado en Roma a 23 de noviembre de 1933 por la Comisión especial de los delegados de los Estados adheridos a la Convención de Berna (ver autor y opus cits. **Parte Generale**, Nº 276, pág. 276).
El in fine de nuestro artículo mira a evitar que el duplicado de la carta de porte o el recibo de carga con la cláusula "a la orden" pueda seguir circulando.

Art. 1535. — El porteador que realiza la entrega al destinatario sin cobrar los propios créditos y el porte que grava la cosa, o sin exigir el depósito de la suma controvertida, es responsable ante el remitente del valor del porte que se le debe y no puede dirigirse a este último para el pago de los propios créditos, salvo la acción contra el destinatario.

Ver: art. 1692 C. italiano; 410 C. de comercio italiano abrogado; 200 C. de comercio paraguayo y argentino.
El porte que dice nuestro artículo y que grava los efectos transportados, es constituído por el precio del flete o precio del transporte, los derechos y los gastos que el porteador pudo haber hecho para impedir el efecto de una fuerza mayor o de una avería, como lo preceptúan los arts. 201 y 202 de nuestro C. de Comercio.
Por la carta de porte el remitente confiere un mandato al porteador para la cobranza del porte que grava los efectos transportados, de suerte que siendo así, como lo es, responde al remitente de lo que hubiere hecho en cumplimiento de dicho mandato, hasta la concurrencia del valor del porte. Su responsabilidad es la misma que nuestro art. 1470 impone al mandatario.
Supone, además, nuestro artículo que el porteador es acreedor del precio del transporte, y de conformidad con lo preceptuado por el art. 1536 parág. 2º, según el cual el destinatario no puede ejercer los derechos nacidos del contrato sino contra pago al porteador de los créditos derivados del transporte y del porte que grava los efectos transportados, establece que el porteador no puede dirigirse al remitente para el pago de los propios créditos que dejó él de cobrar al destinatario.

Art. 1536. — El porteador es responsable de la pérdida y de la avería de las cosas que le han sido entregadas para su transporte, desde el momento en que las recibe hasta aquel en que las entrega al destinatario, si no prueba que la pérdida o la avería ha derivado de caso fortuito, de la naturaleza o de los vicios de las mismas cosas o de su embalaje, o del hecho del remitente o del destinatario.

Si el porteador acepta sin reserva las cosas que deben ser transportadas, se presume que éstas no presentan defectos aparentes de embalaje.

Ver: art. 1693 C. italiano; 393 y 400 del C. italiano de comercio abrogado; 169, 172, 175 y 176 C. de comercio paraguayo y argentino; 442, 447, 448 y 449 C. Federal suizo de las Obligaciones; 429, 430, 431 y 432 C. alemán de comercio.

Esta materia está dominada por el principio de derecho romano según el cual el exercitor navis aut cauponae aut stabuli era responsable de la destrucción o avería de la cosa recibida, excepto el caso de fuerza mayor. Esta responsabilidad se funda en la obligación asumida por el porteador de restituir en su integridad las cosas recibidas, si no prueba que la pérdida o la avería son causadas por un hecho que no le es imputable. En el sistema del presente Código el deudor de la prestación queda exonerado de responsabilidad si la imposibilidad de cumplirla deriva de causa que no le es imputable, según así lo preceptúa el art. 846. Le bastará, pues, al deudor probar que el daño no le es imputable, ni a él, ni a sus dependientes, ni a los medios de que se sirvió. En cambio, en el receptum para que el porteador se substraiga a la responsabilidad, será necesario que suministre la prueba del hecho no imputable a él que produjo la pérdida o la avería, como es el caso fortuito, por ejemplo: el rayo) o que la avería o la pérdida provienen de la misma cosa transportada, por su naturaleza o vicios, o su embalaje, o por hecho del remitente o del destinatario. Esta responsabilidad se funda en la obligación de custodiar que es ínsita en la de obligación de entregar una cosa. Siendo así, ella subsiste hasta que la cosa sea entregada al destinatario, y cesa una vez que la cosa ha sido puesta a disposición de éste.

Art. 1537. — Son válidas las cláusulas que establecen presunciones de caso fortuito por eventos que normalmente, en relación a los medios y a las condiciones del transporte, dependen de casos fortuitos.

Ver: art. 1994 C. italiano; 401 y 416 del C. italiano de comercio abrogado; 177 y 204 parág. 2º C. de Comercio paraguayo y argentino.

El robo no es caso fortuito. Mas la Corte italiana de Casación en sentencia del 29 de julio de 1940 decidió que el hurto en el contrato de transporte puede ser configurado como evento de fuerza mayor cuando sea calificado de tal circunstancia de hecho de la que resulte su absoluta inevitabilidad a pesar de la diligente cautela del porteador. Y es así cómo los compiladores del C. italiano de 1942 han admitido por su art. 1994 la validez de las cláusulas que establezcan presunciones de caso fortuito por eventos que, normalmente, en relación a los medios y las condiciones del transporte, dependen de casos fortuitos, y sin contradecir el principio general de nuestro art. 856 según el cual es nulo todo pacto que excluya o limite preventivamente la responsabilidad del deudor por dolo suyo en el cumplimiento de la obligación (pactum de dolo non praestando). Este principio, enseña Di Blasi, debe aplicarse a la cláusula que sin exonerar de responsabilidad, lo atenua notablemente (ver autor y opus cits. Parte Generale, Nº 281, pág. 280).

Y es así cómo por el art. 177 estatuye nuestro C. de Comercio que: "Si se tratare del transporte de determinadas especies de cosas frágiles o sujetas a fácil deterioro, de animales, o bien de transportes hechos de un modo especial, las administraciones de ferrocarriles podrán estipular que las pérdidas o averías se presuman derivadas de vicios de las mismas cosas transportadas, de su propia naturaleza, o de hecho del remitente o del destinatario, si su culpa no fuere probada". Este precepto es una excepción a lo dispuesto por el art. 204 parág. 2º del mismo Código La jurisprudencia italiana ha decidido que la cláusula "ignoro el peso" o "peso desconocido", y otras equivalentes, no exoneran de responsabilidad al porteador hacia el destinatario por inexacta indicación del peso, cuando la inexactitud sea imputable a culpa grave del mismo.

Art. 1538. — En cuanto a las cosas que, dada su particular naturaleza, están sujetas durante el transporte a disminución en el peso o en la medida, el porteador responde sólo de las disminuciones que exceden de la pérdida natural, a menos que el remitente o el destinatario pruebe que la disminución no ha ocurrido como consecuencia de la naturaleza de las cosas o que por las circunstancias del caso no podía llegar a la medida verificada.

Se debe tener en cuenta la disminución separadamente en cuanto a cada bulto.

Ver: art. 1695 C. italiano; 404 del C. italiano de comercio abrogado; 174 del C. de comercio paraguayo y argentino.

El presente artículo, aun inspirado en el mismo principio de justicia del 174 de nuestro Código de comercio, lo modifica tenuemente. En efecto, según este precepto, la ley quiere que se pacte al tiempo del contrato y antes del transporte, que el porteador limita su responsabilidad a un tanto por ciento de la disminución de peso de los efectos que van a ser transportados. Mas nuestro art. 1538 preceptúa que el porteador solo responde de las disminuciones que exceden de la pérdida natural, como puede acontecer a las semillas oleaginosas, y los líquidos en general como el aceite, el vino, la miel, y especialmente los carburantes expuestos a una evaporación permanente.

Art. 1539. — El daño derivado de pérdida o de avería se calcula según el precio corriente de las cosas transportadas en el lugar y en el tiempo de la entrega al destinatario.

Ver: art. 1696 C. italiano; 405 C. de comercio italiano abrogado; y 179 del C de comercio paraguayo y argentino. La tasación debe hacerse por peritos, se entiende.

Art. 1540. — El destinatario tiene derecho a hacer comprobar a su costa, antes de la entrega, la identidad y el estado de las cosas transportadas.

Si la pérdida o la avería existe, el porteador debe reembolsarle los gastos. Salvo diversa disposición de la ley la pérdida o la avería se comprueban por peritos nombrados con arreglo a la ley de enjuiciamiento civil.

Ver: arts. 1697 C. italiano; 402 y 409 C. de comercio italiano abrogado; 198 y 182 del C. de comercio paraguayo y argentino.
Punto menos que idéntico el art. 198 de nuestro C. de Comercio al 1697 del C. italiano, ha sido mejorado esta vez con el agregado del último parágrafo según el cual la pérdida o la avería se comprueba por peritos nombrados con arreglo a la ley de enjuiciamiento civil, diligencia sólo contemplada en el art. 182 de nuestro C. de comercio.

Art. 1541. — La recepción sin reserva de las cosas transportadas y el pago de lo que se debe al porteador extingue las acciones derivadas del contrato, salvo el caso de dolo o culpa del porteador. Quedan a salvo las acciones por pérdida parcial o por avería no aparentes en el momento de la entrega, siempre que, en este último caso, el daño sea denunciado apenas conocido y no después de los ocho días computados desde la recepción.

Ver: art. 1698 C. italiano; 405 y 415 C. de comercio italiano abrogado; 438 del C. alemán de comercio; 452 del C. Federal suizo de las Obligaciones y 183 del C. de comercio paraguayo y argentino.
Apógrafo el presente artículo del 452 del C. Federal suizo de las obligaciones, debe ser explicado a la luz de la doctrina de sus exégetas.
La aceptación sin reserva, enseñan Schneider y Fick, es la manifestación de voluntad del destinatario o de su representante por la cual declara su perfecto acuerdo con la entrega de la mercadería hecha por el porteador. Puede ella ser expresa o resultar de actos concluyentes. Puede ella resultar no sólo del pago del flete y gastos del transporte. Si este pago se ha hecho por anticipado, no bastará la aceptación sin reserva para extinguir todos los derechos del destinatario contra el porteador, si la pérdida o avería sobreviniente fuese debida a premeditación o a consecuencia de hurto.
La negativa de aceptación no está sujeta a forma alguna.
El destinatario puede examinar la mercadería ayudado de expertos, antes de aceptarla o rechazarla. Si requerido por el porteador a manifestar su aceptación o rechazo en el término en que, según las circunstancias, debe la verificación hacerse, no lo hace, no podrá en adelante prevalerse de defectos que podrían haber sido descubiertos mediante un examen atento.
Una declaración unilateral del destinatario no constituye una reserva. El porteador debe manifestar su conformidad con ella, porque de otro modo, y a pesar de la reserva, los derechos del destinatario se extinguirían por el pago del flete y gastos y la recepción.
Si el destinatario no acusa avería alguna, la mercadería será considerada como aceptada según su estado exterior y el destinatario no tendrá ningún derecho por lo que concierna a las averías aparentes.
Las averías no aparentes son aquellas que el destinatario no puede descubrir en el momento de la entrega por una verificación normal de la mercadería.
Las averías de este género deben ser anunciadas inmediatamente y no después de los ocho días computados de la recepción. Pasado este plazo, no habrá responsabilidad por las averías descubiertas posteriormente. Así lo estatuye, no sólo el art. 452 del C. Federal suizo de las Obligaciones, sino también el art. 44 de la Ley Federal de transportes; el art. 44 de la Convención internacional de Berna y el art. 107 de la Ley suiza de correos. Mas las partes (expedidor y porteador, o porteador y destinatario) pueden por convención prolongar este plazo.
Para conservar derechos por las averías no aparentes en el momento de la entrega, bastará al destinatario que haya hecho saber en el plazo de 8 días haberlas descubierto.
El plazo muy corto de los 8 días no es aplicable cuando es el porteador el que, por su grave negligencia, es culpable de la avería o el que por dolo ha impedido que ella sea descubierta. Ocioso es que el destinatario debe probar estos extremos para conservar su acción contra el porteador. (ver Schneider y Fick, opus cit. pág. 807; Di Blasi, Parte Generale, pág. 283) — Ver igualmente el art.

Art. 1542. — Si el porteador se obliga a hacer conducir las cosas transportadas más allá de sus propias líneas, por medio de sucesivos porteadores, sin hacerse librar por el remitente una carta de porte directa hasta el lugar de destino, se presume que dicho porteador asume, en cuanto al transporte más allá de sus propias líneas, las obligaciones de un expedidor.

Ver: art. 1699 C. italiano; 398 C. de comercio italiano abrogado; 200 del C. de comercio paraguayo y argentino.
Contempla este artículo la hipótesis designada por la doctrina con el nombre de servicio de correspondencia. Así, la carga confiada al Ferrocarril Central del Paraguay con destino a Buenos Aires, al favor de una carta de porte librada por la Estación de Asunción, supone que esta empresa cuyas líneas terminan en la frontera con la Argentina, se ha obligado a conducir la carta a destino mediante los servicios del siguiente porteador o sea de la empresa ferroviaria argentina con la cual empalman sus líneas, y que a estos efectos ha concluído con el segundo porteador un contrato autónomo de transporte, con las obligaciones de un expedidor.

Art. 1543. — En los transportes que se estipulan acumulativamente por varios porteadores sucesivos mediante contrato único, los porteadores responden solidariamente de la ejecución del contrato desde el lugar originario de partida hasta el lugar de destino.

El porteador llamado a responder de un hecho no propio puede accionar en repetición contra los otros porteadores, singular o acumulativamente.

Si resultare que el hecho dañoso ha ocurrido en el recorrido de uno de los porteadores, éste está obligado al resarcimiento integral; en caso contrario, todos los porteadores están obligados al resarcimiento en partes proporcionales a los recorridos, excluídos aquellos porteadores que prueben que el daño no ha ocurrido en su propio recorrido.

Ver: art. 1700 C. italiano; 411 del C. itailano de comercio abrogado.
La aplicación del presente artículo supone que el transporte acumulativo puede tener lugar dentro de las fronteras territoriales de la República, condición a que se subordina la posibilidad de la acción del expedidor perjudicado por incumplimiento del contrato concertado con el porteador originario, a virtud de la solidaridad legal de todos los porteadores vinculados a dicho contrato. Si el daño sufrido por el expedidor o el destinatario fuera de las fronteras de nuestro país o sea en el recorrido de la línea férrea argentina, mal podría el perjudicado demandarla, en la jurisdicción paraguaya por indemnización del daño, a título de coobligada solidariamente con la Empresa del Ferrocarril Central del Paraguay.

Art. 1544. — Los porteadores sucesivos tienen derecho a hacer declarar, en la carta de porte o en documento separado, el estado de las cosas a transportar, en el momento en que les sean entregadas. En defecto de declaración, se presume que las han recibido en buen estado y conforme a la carta de porte.

Ver: art. 1701 C. italiano; 399 del C. italiano de comercio abrogado.

Art. 1545. — El último porteador representa a los porteadores anteriores para el cobro de los respectivos créditos que nazcan del contrato de transporte y para el ejercicio del privilegio sobre las cosas transportadas.

Si omite tal cobro o el ejercicio del privilegio, es responsable ante los porteadores anteriores por las sumas debidas a ellos, salvo la acción contra el destinatario.

Ver: art. 1702 C. italiano; 410 y 412 del C. de comercio italiano abrogado.
En el transporte de porte pagado es el primero de los porteadores el que cobra su precio incluso por cuenta de los porteadores sucesivos, a los cuales debe remitir su respectiva cuota. En el transporte de porte debido, la cobranza del precio del transporte y de todo otro gastos accesorio, como los derivados de operaciones de aduana, derechos de importación, embalaje, tasas, etc., debe ser hecha por el último porteador en representación de los porteadores precedentes y proceder a la entrega de la cosa transportada al destinatario, el cual no puede ejercer sus derechos sino contra pago del crédito inherente al transporte. Podrá el último porteador ejercer igualmente el derecho de retención sobre las cosas afectadas a su privilegio.

TITULO XXII

DEL CONTRATO DE AGENCIA

Art. 1546. — Por el contrato de agencia una de las partes asume de manera permanente el encargo de promover, por cuenta de la otra, mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada.

Ver: art. 1742 C. italiano. Sin antecedente en la leigslación anterior, ni en el C. Federal suizo de las Obligaciones.
El contrato de agencia, originariamente disciplinado en el Código Italiano de 1942, es una figura contractual ensamblada en la amplia esfera del mandato porque encuentra su razón de ser en el encargo de cobrar por cuenta de otro, y en la que se entretejen elementos inherentes a la comisión y eventualmente a la representación. La caracterizan: 1º la estabilidad o permanencia de la relación entre el mandante y el agente; y 2º la limitación territorial en que el agente debe desenvolver su acitvidad, por oposición al mandato del comisionista que sólo se refiere a prestaciones aisladas y ocasionales.
El agente es un auxiliar del principal, un cooperador inmediato en la producción de sus negocios, pero sin el carácter de empleado. El agente es así un profesional autónomo, independiente, que actúa a propio riesgo, y con iniciativa propia de que carece el mandatario. (Grandi, opus cit. Nº 720, pág. 483).

Art. 1547. — El comitente no puede valerse simultáneamente de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividad, ni el agente puede asumir el encargo de tratar en una misma zona y para el mismo ramo los negocios de varias empresas que compiten entre sí.

Ver: art. 1743 C. italiano. La exclusividad conferida al agente es inherente al contrato. No necesita ser expresa. Viene ella de la costumbre inveteradamente observada en la práctica de los negocios de esta naturaleza. Su violación constituye causa de resolución del contrato.

Art. 1548. — El agente no tiene facultad de cobrar los créditos de su comitente. Si esta facultad le ha sido conferida, no puede conceder descuentos o prórrogas de las deudas sin especial autorización.

Ver: art. 1744 C. italiano. Al contrato de agencia se aplican las reglas del mandato y de la comisión, salvo norma especial, una de las cuales es la del presente artículo, porque a diferencia del contrato de comisión, según el cual el comisionista se presume autorizado para conceder prórrogas como lo dispone nuestro art. 1510, al agente le está prohibido otorgarlas aun cuando esté facultado a cobrar los créditos de su comitente, nacidos de los propios negocios promovidos y celebrados por él. Siendo así, para conceder prórrogas de pago debe el agente estar expresamente autorizado.

Art. 1549. — Las declaraciones que se refieren a la ejecución del contrato concluído con intervención del agente y las reclamaciones relativas a los incumplimientos contractuales se hacen válidamente al agente.

El agente puede pedir las providencias cautelares en interés del comitente y presentar las reclamaciones que sean necesarias para la conservación de los derechos correspondientes a este último.

Ver: art. 1745 C. italiano. Si el agente ha sido instituído al solo objeto de concertar negocios, no estaría facultado a ejecutar actos inherentes a la ejecución del contrato. Mas los terceros que han contratado con él no podrían ser obligados a dirigir su declaración, así como su protesta y sus reclamos por incumplimiento contractual, al comitente, que normalmente puede estar fuera del lugar de cumplimiento del contrato. Tal es la razón por la cual, limitativamente se le confiere ex lege al agente la representación de su comitente a pedir las providencias cautelares y formular las reclamaciones que por su urgencia sean necesarias para la conservación de los derechos de su principal.

Art. 1550. — El agente debe cumplir el encargo que se le ha confiado de conformidad con las instrucciones recibidas y proporcionar a su comitente las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona que se le ha asignado, y cualquier otra noticia útil para estimar la conveniencia de cada uno de los negocios.

Debe observar además las obligaciones que incumben al comisionista, en cuanto no sean excluídas por el contrato de agencia.

Ver: art. 1746 C. italiano. El agente es una variedad del mandatario, y como tal sometido a la obligación de cumplir fiel y estrictamente el encargo que su comitente le ha confiado y las instrucciones que le ha impartido. Mas su obligación específica es la de informar a su principal acerca de las condiciones del mercado con todas las noticias útiles que le permitan ponderar a la distancia la conveniencia de tal cual negocio.
La afinidad del contrato de agencia con el contrato de comisión que, como ya se ha dicho, es una subespecie de mandato, por lo cual se obliga al agente a observar además las obligaciones del comisionista que sean compatibles con la relación de agencia, es evidente.

Art. 1551. — El agente que no está en situación de ejecutar un encargo que se le ha confiado debe dar inmediato aviso al comitente. En su defecto, queda obligado al resarcimiento del daño.

Ver: art. 1747 C. italiano. El comitente que tiene acreditado un agente en una determinada zona debe contar con él para la realización de sus negocios. El agente asume de manera estable el encargo de promover sus negocios en dicha zona.
Por consiguiente está dispensado del deber de asegurarle a cada instante el cumplimiento de sus encargos. Siendo así, el impedimento que le inhibiría de atender o ejecutar un encargo, sería excepcional, razón por la cual se le obliga a dar inmediato aviso a su comitente de la imposibilidad en que se halla para que aquél pueda tomar las providencias necesarias a la protección de sus intereses.

Art. 1552. — El agente tiene derecho a la remuneración sólo por los negocios que han tenido ejecución regular. Si el negocio ha tenido ejecución parcial, le corresponderá al agente una comisión proporcional a la parte ejecutada.

La remuneración se debe igualmente por los negocios concluídos directamente por el comitente, que deben tener ejecución en la zona reservada al agente, salvo pacto en contrario.

El agente no tiene derecho al reembolso de los gastos de agencia.

Ver: art. 1748 C. italiano. El derecho a una comisión por los negocios realizados y regularmente ejetados, acerca el contrato de agencia a la de corretaje. La comisión proporcional es debida por los negocios de ejecución parcial que sólo han proporcionado una utilidad también parcial al comitente.
El in fine de nuestro artículo dice que el agente no es un empleado de su comitente, sino que es un trabajador autónomo.

Art. 1553. — La remuneración es también debida al agente por los negocios que no han tenido ejecución por causa imputable al comitente.

Si el comitente y el tercero se ponen de acuerdo para no dar, en todo o en parte, ejecución al contrato, el agente tiene derecho, en cuanto a la parte no ejecutada, a una remuneración reducida en la medida determinada por peritos arbitradores.

Ver: art. 1749 C. Italiano. Habría sido manifiestamente injusto privar de remuneración al agente que concluyó en su zona un contrato, pero que dejó de cumplirse por culpa del comitente. Es de cargo del agente la prueba de la culpa de su principal.
La remuneración reducida en la hipótesis contemplada en el segundo parágrafo de nuestro artículo, es en Italia estimada de acuerdo con los usos y en su defecto por el juez según su equidad. Mas nosotros que por regla general no admitimos que el uso pueda tener valor jurídico en casos como el presente, nos apartamos de la fuente de nuestro artículo para remitir su apreciación al dictamen de peritos arbitradores.

Art. 1554. — Si el contrato de agencia es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato previo aviso a la otra con seis meses de anticipación.

El plazo del preaviso puede ser substituído por el pago de una indemnización adecuada que fijará el juez.

Ver: art. 1750 C. Italiano. El contrato de agencia por tiempo indeterminado puede ser unilateralmente denunciado por cualquiera de ambas partes, no obstante la estabilidad de la relación y la continuidad de las recíprocas prestaciones, garantizada como un derecho de exclusividad dentro de una zona determinada. Siendo así, como lo es, no era concebible una denuncia intempestiva del contrato por los perjuicios que podría ocasionarse a la parte sorprendida por ella. Viene de aquí la necesidad del preaviso, con una anticipación de seis meses, en lo que nos separamos de la fuente de nuestro artículo según el cual debe el preaviso hacerse de conformidad con las normas corporativas o los usos. Las normas corporativas han sido abrogadas en Italia por la República. Nosotros preferimos fijar el plazo en seis meses, y en cuanto al monto de la indemnización con que el preaviso puede ser substituído juzgamos mejor que ella sea fijada por el juez.

Art. 1555. — Si el contrato por tiempo indeterminado se resuelve por hecho no imputable al agente, debe el comitente abonarle una indemnización proporcional al monto de las remuneraciones que le han sido liquidadas en el curso del contrato y en la medida fijada por el juez.

De tal indemnización debe detraerse todo aquello que el agente tiene derecho a obtener por efecto de los actos de previsión voluntariamente realizados por el comitente.

La indemnización se debe también si la relación de agencia se ha resuelto por invalidez permanente y total del agente.

En el caso de fallecimiento del agente la indemnización corresponderá a sus herederos.

Ver: art. 1751 C. Italiano. Según lo estatuido por el in fine del artículo anterior el preaviso puede ser substituido por una indemnización, que debe pagar la parte que provoca la resolución del contrato. Mas por el presente artículo se preceptúa que siendo por tiempo indeterminado el contrato de agencia, y resuelto sin culpa del agente, debe pagarle su comitente una indemnización proporcional al monto de las remuneraciones que le han sido liquidadas en el curso del contrato, decisión que aproxima el contrato de agencia a la relación de trabajo disciplinada por la legislación social pertinente.
Y aun cuando el agente no es empleado de su comitente, bien ha podido éste abonar voluntariamente gastos de previsión social por él en el curso del contrato, caso en el cual el monto de estos gastos debe detraerse de la indemnización.
Esta se debe no sólo por resolución del contrato, sino también por invalidez permanente y total del agente, y por su fallecimiento en el desempeño de la agencia.

Art. 1556. — Las disposiciones del presente capítulo se aplican también en la hipótesis de que al agente le haya su comitente conferido su representación para la conclusión de los contratos.

Ver: art. 1752 C. italiano. Con esta disposición el presente Código, como su fuente, no excluye que al agente pueda conferírsele un mandato representativo, sin que la representación absorba la relación de agencia, ni exima al agente de sus obligacions contractuales.

Art. 1557. — Las disposiciones de este capítulo son también aplicables a los agentes de seguros, en cuanto no estén derogadas por leyes especiales, y sean compatibles con la actividad de seguros.

Ver. art. 1753 C. italiano.

TITULO XXIII

DEL CONTRATO DE CORRETAJE

CAPITULO UNICO

Art. 1558. — El corretaje es un contrato por el cual el corredor pone en relación a dos o más partes para la conclusión de un negocio sin estar ligado a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación.

Ver. arts. 1754 C. italiano; 93 a 104 C. de comercio alemán; 412 C. Federal suizo de las Obligaciones; 88 a 112 C. de comercio paraguayo y argentino; Pardessus, opus cit. t. I, Nº 41, pág. 46; Bravard-Veyriere, opus cit. t. II, pág. 216 y ss.; Thaller, opus cit. Nº 1102, pág. 674, 7ª edición; Rossel, opus cit. t. I, Nº 755, pág. 493; Schneider & Fick, opus cit. pág. 718 y ss.; etc.

No definido por nuestro Código de comercio el contrato de corretaje (de mediazione, en italiano; courtage, en francés; vertragsvermittlung durch Makler, en alemán), viene el presente artículo a llenar ese blanco sólo explicable por el injustificado desdén del legislador a las definiciones. Mas viniendo la enmienda del valioso ejemplo del Código Federal suizo de las Obligaciones y del Código italiano de 1942, mal podíamos tenerlo a menos en la compilación del presente código, concebido con el anhelo de verlo externamente unificado con los más modernos de Europa.

Difieren, sin embargo, los dos citados modelos en la caracterización doctrinal del contrato de corretaje, pues, no obstante sus sensibles diferencias del mandato, el derecho federal suizo lo concibe como contrato bilateral y especie del mandato, al paso que los compiladores del Código italiano de 1942 estatuyeron por su art. 1754 como una actividad del mediador no identificada con la del mandatario, que obra en el interés exclusivo del mandante; ni con la del comisionista que concluye el negocio en nombre propio; ni con la del agente que actúa como colaborador del comitente.

La verdad es que el corretaje se distingue del mandato desde varios puntos de vista. La contraparte no está obligada a pagar al corredor sus gastos, salvo pacto en contrario, al paso que el mandante debe abonarlos al mandatario. Tampoco puede el que encarga un negocio demandar al corredor por ejecución del contrato, porque tampoco ésta puede ser constreñido a forzar a un tercero a tomar una decisión determinada.

La posición del corredor es distinta de la del mandatario. Mientras en el mandato retribuido en virtud de una convención entre partes, el mandatario adquiere la retribución de su actividad sin consideración al resultado de ella, y no tiene por qué preocuparse de si la ejecución del mandato ha sido o no ventajosa para el mandante; en materia de corretaje, para que el corredor tenga derecho a su comisión, es menester que el fin previsto por las partes haya sido logrado.

El corredor jamás representa a su mandante. Sólo es un intermediario. No puede, en consecuencia, recibir pagos de terceros, por cuenta de su mandante. No puede adquirir derechos, ni renunciar válidamente acciones o derechos convencionales por cuenta de su mandante. Sin embargo, el agente de seguros, es más un mandatario que un corredor, sobre todo si se titula "agente general".

Tampoco hay manera de confundir el contrato de corretaje con el contrato de servicios, porque le falta una determinación de tiempo para su desempeño. (ver Schneider & Fick, opus cit. pág. 718 y ss.).

Por muchas que sean las tangencias del contrato de corretaje con otros contratos, como la promesa de una recompensa, o un contrato de servicios, la verdad es que en la vida corriente tiene una fisonomía propia.

El derecho moderno ha cambiado muchos aspectos del corretaje que se practicaba en la edad media, tal como Thaller lo describe (autor y opus cit. Nº 1098, pág. 673, 6ª edición). En las ciudades a donde acudían los comerciantes venidos de diversos países, el corredor les servía de guía y de intérprete para la celebración de sus contratos, de cuya conclusión otorgaba certificados o facturas de venta, así como del peso de las mercaderías entregadas, y servía de testigo en los juicios. Viene de aquí que el corredor ejerciese una función pública que hoy cuesta trabajo comprender al favor de la libertad de corretaje proclamada desde 1866 en Francia y demás naciones de la Europa central. Esta libertad rige actualmente en Suiza, al favor de cuya legislación es dado que cualquiera, sin ser corredor profesional matriculado, pueda llevar a cabo una operación de corretaje con sólo "indicar a la otra parte la ocasión de concluir una convención" art. 412 de su Código Federal de las Obligaciones.

Las disposiciones de este Código fueron vaciadas en los moldes de los arts. 652 a 656 del C. alemán de comercio, que tratan de los negocios de corretaje, excepción hecha del corredor de comercio o intermediario profesional para la adquisición y venta de letras de cambio, de mercaderías, de loteamientos de bienes, préstamos a la gruesa, arrendamiento de barcos, etc.

Nuestro Código de comercio dispone por su art. 8º inc. 3º que el corretaje es acto de comercio, siempre que no sea ocasional, art. 6º, porque si fuese accidental, sería civil, como a más de un comercialista y a un tribunal le ha parecido que no realiza actos de comercio el corredor de compra y venta de inmuebles, y que por consiguiente no puede ser declarado en quiebra. Es lo peor que por aplicación del 8º de nuestro Código se comercio, se priva de derecho a una retribución o emolumento al corredor ocasional o de hecho, injusticia notoria contra la cual se alzó Segovia en su nota 291, t. I, pág. 121 de su Explicación y Crítica del Código de Comercio de la República Argentina.

Todo esto no pasa de ser hoy un anacronismo según se infiere de la disciplina legal del corretaje por los códigos civiles más modernos, como el Federal suizo de las Obligaciones y el Código italiano de 1942, a los que seguimos en esta y otras materias.

Por derecho suizo el corretaje que confiere el derecho a retribución sólo se subordina a dos condiciones: 1º) que el objeto del contrato sea lícito, (el corretaje matrimonial no lo es) y 2º) que el contrato celebrado por intermediación del corredor sea válido. (ver: Rossel, opus cit. t. I, Nº 755, pág. 493).

Art. 1559. — El corredor tiene derecho a la remuneración de cada una de las partes, si el negocio se concluye por efecto de su intervención.

La medida de la remuneración y la proporción en que ésta debe gravar a cada una de las partes, en defecto de pacto, de tarifas o aranceles profesionales, será determinada por el juez.

Ver: art. 1755 C. italiano; 82 del Código italiano de comercio abrogado; 652 y 653 C. de comercio alemán; 413 y 414 C. Federal suizo de las Obligaciones; 111 y 82 C. de Comercio paraguayo-argentino etc.
El contrato de corretaje es por su naturaleza oneroso, especialmente cuando el corredor se ocupa como profesional de los negocios de este género. Es costumbre que los corredores se provean de una promesa escrita de las partes a una remuneración si el negocio se realiza. Siendo así, la obligación de remunerar es subordinada a la condición suspensiva de la conclusión del negocio. Este hecho es un acontecimiento futuro e incierto del cual depende para el corredor la adquisición de su derecho a ser retribuído. Ocioso es que el negocio sería nulo si su conclusión dependiese del sí volvero del obligado, como está dispuesto por nuestro art. 602, y válido si el acontecimiento futuro consistiese en un hecho exterior. factum a voluntate pendens, conforme con su voluntad. (Di Blasi, opus, cit. Parte Generale, Nº 351, pág. 340).
Cuando al monto de la retribución, ya hemos dicho que de costumbre conviene por anticipado el corredor con cada una de las partes interesadas en la realización del negocio, la comisión que se le debe, calculada en un tanto por ciento sobra el valor del contrato. Esa promesa puede ser obtenida de las dos partes.
Casos hay, empero, én que una de ellas sólo se aviene a consentir el negocio libre de comisión, supuesto en el cual la comisión será pagada por el otro contratante.
Si después de acercar el corredor las dos voluntades de los interesados en la realización de un negocio, ultimasen directa y personalmente éstas sus condiciones y celebrasen el contrato, no dejará por eso el corredor de percibir su comisión, si a falta de pacto expreso acerca de la obligación de pagarla, probase una relación de causalidad entre el trabajo por él realizado y la conclusión del contrato.
La comisión ordinaria por toda intermediación no suele exceder del 2% del valor del negocio. Tal es el criterio habitual de los tribunales suizos, aplicado al corretaje inmobiliario. Los jueces pueden apartarse de la comisión de costumbre si les parece muy elevada, pero no deben perder de vista que la comisión debida por el éxito de la operación debe indemnizar al corredor por los gastos hechos sin resultado por el mismo corredor en otros negocios (Schneider & Fick, opus cit. nota 29, pág. 735).

Art. 1560. — Salvo pacto en contrario, tiene el corredor derecho al reembolso de los gastos en interés de la persona por encargo de la cual los hizo, aun cuando el negocio no haya sido concluído.

Ver: art. 1756 C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior, pero sí en el C. Federal suizo de las Obligaciones, cuyo art. 415, directamente inspirado en el art. 654 del C. Civil alemán, estatuye que: "El corredor pierde su derecho a la comisión y al reembolso de sus gastos, si ha obrado en el interés del tercero contratante con desdén de sus obligaciones, o si se ha hecho prometer por él una remuneración en circunstancias reñidas con las reglas de la buena fe".
Enseñan los glosadores de este Código que el corredor incurre en violación de sus obligaciones cuando no se da ninguna pena en aceptar un precio favorable a su cliente. O se hace prometer una remuneración de la otra parte cuando ésta tiene por objeto determinarle a tratar contra los intereses de su primer cliente, como por ejemplo si se hiciese depender su monto de la disminución del precio anunciado.
El art. 1756 del C. italiano omite referirse a la pérdida de la comisión y al reembolso de los gastos del corredor. Con todo, no es imprevisible que sus derechos sean negados en juicio por infidelidad a sus obligaciones o deslealtad al cliente que le confió el negocio.

Art. 1561. — Si el contrato es sometido a condición suspensiva, el derecho a la remuneración surge en el momento en que la condición tiene lugar.
Si el contrato está subordinado a condición resolutoria, el derecho a la remuneración no se extingue por el cumplimiento de la condición.
La disposición del parágrafo anterior se aplicará igualmente cuando el contrato es anulable o rescindible, si el corredor no conocía la causa de invalidez.

Ver: art. 1757 C. italiano y 413 C. Federal suizo de las Obligaciones. Aun sin antecedente en la legislación italiana anterior, la jurisprudencia y la doctrina de consuno decidieron del modo indicado en el parágrafo primero de nuestro artículo. Bien pudo omitirse este precepto por ser propio de la condición suspensiva subordinar a su cumplimiento el nacimiento del derecho, como está dispuesto por el art. 603 del presente Código. Fue, empero, necesario repetirlo aquí para subrayar su contraste con la condición resolutoria del contrato de corretaje, la que, por excepción a lo preceptuado por el art. 604, el derecho a la remuneración no se extingue por el cumplimiento de ella. La razón es obvia. Al celebrarse el contrato ajustado gracias a la intermediación del corredor, ha debido éste cobrar su comisión. Si por celebrarse el contrato bajo condición resolutoria viniese ésta a cumplirse, tendría que considerarse como no celebrado el contrato y el corredor tendría que devolver su comisión.
No menos se explica la aplicación de la norma precedente al caso de que el contrato, por vicios de la voluntad de uno de sus otorgantes, se anulase o se rescindiese, porque tales vicios no tienen por qué influir sobre el derecho a la comisión del corredor.

Art. 1562. — Si el negocio es concluído por la intervención de dos o más corredores, cada uno de ellos tendrá derecho a una cuota de la remuneración.

Ver: art. 1758 C. italiano. La pluralidad de corredores puede actuar sea que todos y conjuntamente hayan estipulado su mediación con cada una de las partes o sólo con una de ellas, hipótesis en las cuales, proveerán éstas la repartición de la cuota.
Podría ocurrir que uno solo de dichos corredores fuese el que contrató su mediación, pero que se haya él, a su vez, valido de la mediación de otros corredores para la conclusión del contrato. En este caso, sólo el primero tendría derecho a la comisión estipulada, y los otros tendrían que convenir con él la cuota que les corresponda. Será un asunto de las relaciones internas de los mediadores.

Art. 1563. — El corredor debe comunicar a las partes las circunstancias conocidas de él, relativas a la valoración y seguridad del negocio, que pueden influir sobre su conclusión.

El corredor responde de la autenticidad de la subscripción de la escritura y del último endoso del giro transmitido por su mediación.

Ver: art. 1759 C. italiano; 29 C. de Comercio italiano abrogado: 91 y 92 parag. 1º C. de comercio paraguayo y argentino. Estos preceptos de nuestro C de comercio, siquiera no estatuyan en idénitcos términos que el 1759 del C. italiano, lo preceptúan implícitamente, pues, la obligación impuesta a los corredores de llevar asientos exactos y metódicos de todas las operaciones en que intervinieren, sólo mira a su leal desempeño en la intermediación y en la comunicación que debe hacer a cada una de las partes de los datos que puedan influir en la celebración del negocio. Si faltando a este deber de lealtad, de corrección y escrupulosa imparcialidad, se le prueba su falta, puede ser obligado al resarcimiento del daño que cause a la parte perjudicada por su falsedad o falta de verdad de sus dichos e informes. Así,el art. 95 de nuestro C. de comercio dispone que: **"El corredor que diere certificación contra lo que constare de sus libros, será destituído, e incurrirá en las penas del delito de falsedad".**
El deber de lealtad es para el corredor una obligación contractual. Mas no puede pedírsele que responda, ni que se constituya responsable de la solvencia de los contrayentes, tal como lo estatuye el parág. 1º del art. 97 de nuestro C. de comercio. Mas **"serán sin embargo garantes, —preceptúa el parág. 2º de este mismo artículo — en las negociaciones de letras y valores endosables, de la entrega material del título al tomador, y de la del valor al cedente, y responsables de la autenticidad de la firma del último cedente, a menos que se haya expresamente estipulado en el contrato que los interesados verifiquen las entregas directamente".**
Si, pues, la firma del último enclosante resultara falsa, pagará daños y perjuicios (ver: Segovia, opus cit. t. I, nota 346, pág. 138).
Siendo así, nuestro artículo 1563 no es una novedad legislativa de nuestro derecho.

Art. 1564. — El corredor profesional que negocia mercaderías o títulos debe:

1) Conservar las muestras de las mercaderías vendidas a la vista de ellas, mientras exista la posibilidad de controversia sobre su identidad;

2) Entregar al comprador una lista firmada de los títulos negociados, con indicación de la serie y el número;

3) Anotar en libro especial los extremos esenciales del contrato que se estipula con su intervención y entregar a las partes copia firmada por él de toda anotación relativa a dicho negocio.

Ver: art. 1760 C. italiano; 21, 26 y 33 del C. de comercio italiano abrogado; 101, 102 y 103 C. de comercio paraguayo y argentino.
Esta disposición lo mismo se aplica al corredor libre u ocasional, que al que públicamente ejerce la profesión de mediador.
Coincidiendo la substancia de este precepto con los arts. 101 a 103 de nuestro Código de Comercio, no hace falta explicación alguna de ella.

Art. 1565. — El corredor puede ser encargado por una de las partes de representarla en los actos relativos a la ejecución del contrato concluido mediante su intervención.

Ver: art. 1761 C. italiano; art. 30 del C. de comercio italiano abrogado. Este precepto prohibe al corredor a recibir o a hacer pagos, ni a recibir o a dar cumplimiento a la obligación de uno de los contrayentes, salvo uso local o especial del comercio. Nuestro Código de Comercio no registra una disposición idéntica.
Mas exigiéndole la mayor imparcialidad en los negocios que se realizan con su intervención, sólo le permite por su art. 101 asistir a la entrega de los efectos vendidos, si los interesados o alguno de ellos lo exigiere; y por su art. 103 a estar presente en el acto de suscribirse el contrato que por convenio de las partes o por disposición de la ley debe formalizarse por escrito. Fuera de estas actuaciones personales, el art. 107 le prohibe al corredor otorgar toda garantía, aval o fianza sobre el contrato o negociación concluída con su intervención, bajo pena de nulidad.
Mas los compiladores del C. italiano de 1942 decidieron que la incompatibilidad desaparece si el corredor ha cumplido la prestación a su cargo, al poner de acuerdo a las dos partes para la celebración del contrato. Siendo así, bien puede recibir de una de las partes, para un período posterior al ajuste, o sea para el período de ejecución, su representación, sin que su imparcialidad quede comprometida.

Art. 1566. — El corredor que no manifiesta a un contratante el nombre del otro, responde de la ejecución del contrato y, si lo ha ejecutado, se subroga en los derechos hacia el contratante no designado.

Si después de la conclusión del contrato, el contratante no designado se hace conocer de la otra parte o es designado por el corredor, cada uno de los contratantes puede accionar directamente el uno contra el otro, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del corredor.

Ver: art. 1762 C. italiano; 31 del C. de comercio italiano abrogado. Nada dispone acerca de estas hipótesis nuestro Código de Comercio. El secreto riguroso que su art. 100 impone al corredor acerca de la negociación que se le encarga, bajo la más estrecha responsabilidad por los perjuicios que se siguie-

ren por no hacerlo así, no autoriza la ocultación del nombre del otro interesado en el negocio. Una vez que a juicio del corredor puede darse por ajustado el contrato, es de su deber comunicar a la parte que le confió el encargo el nombre del otro contratante, sobre cuya identidad y capacidad para celebrar el negocio, ha debido asegurarse, como lo preceptúa el art. 96 parág. 1º de nuestro Código de comercio.

Nuestro art. 1566, como su fuente, supone la hipótesis de que en una operación de corretaje, una de las partes o las dos por su lado, se empeñen en mantenerse de incógnito, sin que por esto venga a menos o se desnaturalice la intermediación, negocio autónomo del corredor. Los autores han temido que por la admisión de este principio se confunda al corredor con el comisionista. Mas a esta objeción se ha respondido que si el corredor acepta el negocio en nombre propio, aun tratando por cuenta de un tercero, no es llamado por la ley a asumir la calidad de parte, sino de garante de que después de la conclusión del contrato se hará conocer el contratante que durante las tratativas se mantuvo incógnito, y de que en caso contrario responderá de sus obligaciones.

El parágrafo 2º de nuestro artículo contempla la hipótesis de que el contratante no designado se hace conocer o es dado a conocer por el propio corredor, caso en el cual cada uno de ellos puede accionar contra el otro, sin perjuicio de la subsistencia de la garantía del corredor.

Art. 1567. — El corredor puede prestar fianza por una de las partes.

Ver: art. 1763 del C. italiano. En contra: el art. 107 de nuestro C. de comercio, según el cual "Toda garantía, aval o fianza dada por un corredor sobre el contrato o negociación hecha con su intervención, ya conste en el mismo contrato o se verifique por separado, es nula, y no producirá efecto alguno en juicio", sin perjuicio, como anota Segovia, de las durísimas sanciones de los arts. 110 y 112 del mismo Código.

Mas el punto de vista de los compiladores del Código italiano de 1942 es distinto, porque ofreciéndose con frecuencia el caso de contratantes que durante las tratativas quieren mantenerse incógnitos, el corredor, como el que obra en su recíproco interés, se gana la confianza de cada uno de ellos, y puede ser solicitado por uno de ambos a garantizarle la obligación del otro. Esta garantía que casi tácitamente acompaña la actividad del corredor, es dada para dar mayor seriedad al negocio, razón por la cual, ha sido tomada en consideración y expresamente admitida por el art. 1763 del nuevo Código civil italiano. Ocioso es que la voluntad de dar fianza debe ser expresa.

La jurisprudencia italiana anterior al Código de 1942 fue contraria a esta decisión por juzgar incompatibles las dos relaciones nacidas del corretaje y de la fianza. Mas Grandi afirma en la Relación ministerial que "la incompatibilidad no subsiste, sea porque el fiador entra en el deber o cometido propio del corredor, de facilitar la conclusión del negocio, sea porque el contrato de fianza, como accesorio, es diverso y distinto del principal. Sólo en este último, el corredor no puede ser parte" (ver autor y opus cit. Nº 725, pág. 486 y ss.).

Art. 1568. — La negociación de un matrimonio no puede dar lugar a ninguna acción en pago de una comisión.

Ver: art. C. 656 C. Civil alemán; 416 C. Federal suizo de las Obligaciones. Nuestro artículo es versión castellana de este último, inspirado en el 656 del C. alemán, según el cual: "La promesa de una suma al que proporcione una ocasión de concertar un matrimonio o por las negociaciones relativas a la realización de un matrimonio, no producirá obligación alguna. La prestación efectuada sobre la base de la promesa no podrá repetirse en razón de no existir obligación

Estas disposiciones son igualmente aplicables a toda convención en virtud de la cual la otra parte, con miras a cumplir su promesa, contrae a favor del corredor una obligación, especialmente como reconocimiento de una deuda".

La promesa hecha por el proxeneta, como la promesa de una retribución, son nulas, ipso iure, o de nulidad absoluta, según la teoría de las nulidades de este Código. Flank es de parecer que no hay necesidad de demandar su nulidad en juicio.

La negativa de la acción de repetición de la suma anticipada al proxeneta se funda en la regla romana: **In pari causa turpitudinis cessat repetitio** consagrada por el ar art. 817 de dicho Código.

Schneider y Fick juzgan que el corretaje matrimonial no es inmoral en sí, aun cuando tenga lugar a cambio de una remuneración, ni aun cuando el proxeneta lo ejerza como profesión, sino sólo cuando es practicado de una manera contraria a la esencia y dignidad del matrimonio, o cuando el mandante se obliga personalmente hacia el corredor a contraer el matrimonio; o cuando el proxeneta sabe que las partes no prestan consideración alguna al aspecto moral y social del matrimonio, como por ejemplo, cuando un hombre de 32 años, quebrado, insolvente y sin crédito, se aviene a casarse con una mujer de 57 años, de la cual, lo único que sabe es que es rica.

De una manera general, agregan nuestros autores, el corretaje matrimonial aparece como inmoral cuando tiene lugar con un fin de pura especulación, como ocurriría si el proxeneta se hace prometer una comisión proporcional a la dote obtenida, porque en tal caso tendría parte en los beneficios. (ver: autores y opus cit. pág. 737).

Art. 1569. — El corredor que infringe las obligaciones impuestas por el art. 1568 será pasible de multa de cinco a diez mil guaraníes.

En los casos más graves podrá ser objeto de suspensión en el ejercicio de la profesión por seis meses.

A las mismas penas está sujeto el corredor que presta su actividad en interés de persona notoriamente insolvente o cuyo estado de incapacidad conoce.

Ver: art. 1764 C. italiano.

TITULO XXIV

DE LAS SOCIEDADES

DE LA SOCIEDAD SIMPLE

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1570. — La sociedad simple es un contrato por el cual dos o más personas, con mira a la obtención de un fin común, determinado, posible y lícito, convienen en aportar y unir sus esfuerzos o sus recursos, y se obligan a proseguir en forma organizada la consecución de dicho fin, como ente autónomo de derecho, activa y pasivamente capaz.

La sociedad es simple cuando no reviste los caracteres de una de las otras sociedades regladas por el presente Código.

Ver: arts. 530 C. federal suizo de las Obligaciones; 705 C. alemán; 2247 C. italiano; 1º del Proyecto argentino de Ley General de sociedades; 1648 C. argentino; 282 paraguayo y argentino de Comercio; 1832 C. francés; 1240 C. portugués; 1655 C. holandés; 2772 C. de Luisiana; 1363 C. brasileño; 1175 C. austriaco; 1665 C. español; 2053 C. chileno; 2079 C. colombiano; 2076 C. ecuatoriano; 2688 C. mexicano; 1200 C. boliviano; 1686 C. peruano; 1875 C. uruguayo; 1649 C. venezolano; 1196 C. costarricense; 3175 C. nicaraguense; 1782 C. hondureño; 531 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 546 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 667 C. Civil de la República de China; 3043 del Esboço de T. de Freitas; 1963 del Anteproyecto de Bibiloni; 1202 del Proyecto argentino de 1936. Principio orgánico del presente Código la unificación interna de nuestro Derecho privado, ocioso era que al definir el contrato de sociedad nos apartásemos, tanto de la del art. 1648 del C. argentino, como de la del art. 282 de nuestro C. de Comercio, y optásemos por la del art. 530 del C. federal suizo de las Obligaciones, inspirado en el 705 del C. alemán, con el objeto de conferirle la amplitud requerida para abarcar en su definición tanto las sociedades simples, constituídas, sea con fines ideales o económicos, sin ser comerciales, como los admitidos por la jurisprudencia suiza: la explotación en común de una carrera o profesión; la compra en común de un crédito en remate público; la adquisición en común de un billete de lotería; la compra en común de un solar para la construcción de un edificio con fines de lucro; la locación en común de un local para comercio, etc.

Al definir los códigos citados en esta apostilla el contrato de sociedad, acentúan: 1º) que el fin para el que se constituye debe ser económico o sea para obtener una utilidad apreciable en dinero; y 2º) dividirse sus utilidades y compartir sus pérdidas. Sólo los Códigos alemán, C. Federal suizo de las Obligaciones y el Código civil de la República de China, omiten referirse a estos requisitos, porque estas tres obras legislativas, traducen la reacción doctrinal germana contra la concepción romana de la **societas**, que inspiró a los compiladores del código francés y de sus imitaciones europeas y americanas. Tres son los caracteres principales de la **societas**, puestos de relieve por Girard (**Manuel Elémentaire de Droit Romain**, pág. 574, 4ª edición); Michoud (**La Théorie de la Personalité Morale**, t. I, Nº 65, pág. 147); Ferrara (Teoría de las Personas Jurídicas, Nº 86, pág. 459, versión castellana de Ovejero y Maury); Saleilles (**De la Personalité Juridique**, pág. 47, 2ª edición); y por Bufnoir, Challamel, Cazelles, Drioux, Geny, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles en su versión francesa del Code Civil Allemand (t. II, pág. 231), y son: 1º) ella implica, por su esencia misma, cierto carácter pecuniario o sea un fin económico o interesado, que se oponía a la **universitates**, a los **collegia** y a todas las otras entidades de fines ideales, morales o religiosos; de donde procede la distinción clásica transmitida al moderno derecho francés, italiano, portugués, español entre sociedad y asociación; 2º) la **societas** no forma en principio una persona jurídica distinta de sus miembros, titular de un patrimonio separado y representado por órganos especiales; y 3º) la **societas**, como el mandato, deriva del **ius fraternitatis** y se constituye en consideración a las personas (**intuitu personae**), de donde viene que se disuelva por muerte de cada asociado, o que al menos, no pueda continuar entre los socios supervivientes y los herederos del difunto, y halle necesariamente fin por quiebra, insolvencia, denuncia del pacto social o exclusión de un socio. Por reacción contra esta concepción romana de la **societas** el primer proyecto del Código alemán esbozó la sociedad **Gesellschaft**) definida sin el requisito de un fin económico y comprensiva, en su amplitud de la **asociación (Genossenschaft)**, a igual que la caracteriza el art. 524 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Admitió también que por una cláusula del acto constitutivo pudiese subsistir la sociedad no obstante la denuncia o la quiebra de uno de los asociados, creando así, al lado de la sociedad de derecho común fundada sobre la **intuitus personae**, un segundo tipo de sociedad en la que no se tiene en consideración la persona y en la que la confianza personal entre asociados sería eliminada por el fin propuesto, abstracción hecha de las individualidades que concurren a su formación: es la sociedad de carácter anónimo, por oposición a la sociedad de carácter personal. Mas el primer proyecto no confirió a la sociedad ninguna personalidad jurídica, que supone la creación de un patrimonio separado. La sociedad carecía de capital, y lo que el primer proyecto llamaba con este nombre, no era tal sino las partes de bienes reunidos en una masa común, perteneciente a cada uno de los asociados, investidos de la facultad de disponer de su cuota parte, de suerte que sus acreedores, a su vez, pudiesen ejercer su acción contra esa parte. El asociado sólo quedaba obligado respecto de los otros a dejar en la comunidad sus bienes de aporte y a soportar respecto de estos bienes la administración común, pero con derecho a provocar la partición antes del fin de la sociedad.

Mas las conclusiones de la segunda comisión, que habrían de pasar al Código, fueron más atrevidas. No sólo ellas acogieron la definición amplia de la sociedad (art. 705); no sólo adoptaron el tipo nuevo de sociedad de carácter anónimo (art. 736), sino que yendo más allá del primer proyecto, extendieron sus efectos a los casos de exclusión de un asociado (art. 737), de cesión de derechos sociales

(art. 717), de admisión de nuevos miembros, y confirieron al contrato de sociedad efectos reales por la consagración del célebre principio germánico de la "propiedad en mano común" (Gesammte Hand), en virtud del cual el capital social viene a ser un patrimonio especial (Sondervermogen) afectado al fin de la sociedad, absolutamente independiente del patrimonio de cada asociado. En consecuencia, el asociado no puede disponer no sólo de su aporte, sino también de su parte indivisa. Omitimos referirnos a otros detalles que pueden verse en el Código. Lo esencial es que la constitución de un patrimonio social afectado al fin de la sociedad confiere a ésta la personalidad jurídica tal como su art. 21 la confiere a las personas morales reconocidas por el Código. Los derechos y obligaciones no son ejercidos por la sociedad en nombre propio, sino en el de los asociados colectivamente considerados.
Viniendo ahora al art. 530 del C. Federal suizo de las Obligaciones, veamos sus alcances, según la doctrina de sus glosadores.
El contrato de sociedad simple no está sometido a forma especial alguna. Prudente es, empero, que desde el punto de vista de su prueba, se sirvan las partes de la forma escrita. Así también lo preceptúa el art. 2251 del C. italiano y a su imitación el art. 7º parág. 1º del Proyecto argentino de Ley General de sociedades.
Pudiendo asociarse toda persona dotada de capacidad civil, ocioso es que la sociedad simple pueda existir entre personas morales, o entre una persona moral, como una sociedad anónima y todos sus accionistas.
El fin social debe ser determinado, posible y lícito. Bien dice Ferrara que en las asociaciones el fin es el elemento teleológico que da a la masa de los asociados un carácter unitario, imprimiéndola una individualidad propia. Se ha observado que, como la persona humana es individualizada por su corporalidad, así la persona jurídica lo es por la indicación de su fin. El fin determina el objeto de su actividad, la esfera dentro de la cual se extiende, el círculo de hombres que existe. Una absoluta vaguedad de fines —agrega— no sería compatible con el surgimiento de una institución, que en su fin encuentra su individualidad, quedando en la incertidumbre su campo de acción, y dejando sin freno la potestad de los que la representan y administran. Del mismo modo el fin no debe ser objetiva y permanentemente imposible, o por razones naturales o jurídicas, porque en tal caso la asociación sería, desde su origen, interdicta su actividad. Por último debe exigirse la licitud del fin, esto es, el objeto que se proponen las asociaciones, no debe ir contra la ley, la moral social o el orden público (ver autor i opus cits. Nº 77, pág. 368 y ss.).
Enunciado el fin u objeto de la sociedad se podrá saber si es intención de los que la constituyen distribuir ganancias y en su caso, compartir las pérdidas. No hace falta agregar estos conceptos, implícitos según el fin propuesto por los asociados. La existencia de la sociedad simple no se subordina a la distribución de ganancias. Ella es la forma típica de sociedad. Para que exista bastará que las personas reunidas o asociadas por contrato no opten por las formas de las otras sociedades: la colectiva, la sociedad en comandita, la sociedad anónima y la sociedad en comandita por acciones y las cooperativas.
Los "**esfuerzos o recursos**" que los asociados deben aportar en común en el acto constitutivo, pueden consistir en trabajos, dinero, créditos, etc.
La atribución de capacidad jurídica, activa y pasiva, al ente así formado, deriva de la formación del patrimonio especial, por el aporte en bienes o servicios de los fundadores de la sociedad, afectado al objeto o fin social, absolutamente independiente del patrimonio de cada asociado. Ella no es una novedad de nuestro derecho. Así lo esbozó T. de Freitas en el art. 3074 de su **Esboço**, trasegado por Vélez Sarsfield al art. 1711 del C. argentino. Análogo es el principio consagrado por el parágrafo 2 del art. 2053 del C. chileno, según el cual "**La sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados**", y a su imitación por los arts. 2079 del C. colombiano; 2076 del C. ecuatoriano; 1922 del C. uruguayo; 1651 C. venezolano; 1397 C. brasileño; 3189 C. nicaragüense; 1795 C. hondureño; 1232 C. costarricense; 1669 y 35 Inc. 2º C. español; 2024 del Anteproyecto de Bibiloni; 1246 del Proyecto argentino de 1936, y art. 1º del Proyecto argentino de Ley General de Sociedades. Por referencia a esta materia, dicen sus compiladores, los doctores Carlos C. Malagarriga y Enrique A. C. Aztiria, que "sobre la personalidad de las sociedades existe en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de los tribunales una orientación definida, siendo del caso recordar que en el Congreso Nacional de Derecho Comercial de 1940 se declaró que "**debe reconocerse personalidad a todos los tipos de sociedad**" (ver Anteproyecto, pág. 12).

Art. 1571. — Las sociedades constituídas con un fin ilícito, son nulas de nulidad absoluta. La nulidad podrá ser alegada por los socios entre sí para eximirse de las obligaciones que el contrato les imponga, pero no podrán alegarla respecto de terceros de buena fe, a quienes les será permitido invocarla respecto de la sociedad y los socios. Los terceros que conocieron el objeto ilícito de la sociedad no podrán oponer su nulidad, pero ésta podrá ser invocada por los socios contra ellos.

Declarada la nulidad de una sociedad ilícita, podrán los socios pedir la restitución de sus aportes, pero no las utilidades. Hecha la liquidación, el remanente de ella corresponderá al Consejo Nacional de Educación.

Ver: arts. 3076 del Esboço de T. de Freitas; 1659 y 1660 C. argentino; 1971 y 1972 del Anteproyecto de Bibiloni, 1206 y 1207 del Proyecto argentino de 1936; 4º del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; Troplong, Du Contrat de Societé, t. I, Nº 102, y 105, pág. 127 y 129; art. 2058 C. chileno; 2084 C. colombiano; 2081 C. ecuatoriano; 1882 C. uruguayo.

Art. 1572. — El contrato de sociedad simple no está sujeto a forma especial alguna, salvo las exigidas por la naturaleza de los bienes aportados.

Ver: art. 2251 C. italiano; 7º del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. Aun cuando el C. Federal suizo de las Obligaciones no registra una norma expresa análoga a nuestro artículo, es observada por implícita, como lo dejamos explicado en nuestra apostilla al art. 1567. Por exigencia de la prueba, elemental es que las partes convengan la sociedad simple por escrito, que puede ser público o privado. Si los bienes aportados por los socios fuesen raíces, la escritura pública será de rigor.

Art. 1573. — El contrato social puede ser modificado sólo con el expreso consentimiento de todos los socios, si no se ha convenido otra cosa.

Ver: art. 2252 C. italiano; 1988 Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1574. — Tienen calidad de socios las personas que con este carácter se obligaron al cumplimiento de todas las convenciones hechas en el contrato de sociedad y las que por contrato posterior con todos los socios fueron admitidos con idénticos derechos y obligaciones a participar de la existencia de ella.

Ver: art. 1667 C. argentino; 3206 del Esboço de T. de Freitas; 1983 del Anteproyecto de Bibiloni; 27 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
No reproducimos literalmente ninguna de estas fuentes por la necesidad de acomodar nuestro artículo a la naturaleza de la sociedad simple, la cual, por no ser un contrato solemne, puede celebrarse aun verbalmente, sin otro inconveniente que su prueba.

Art. 1575. — El que sólo fuere socio ostensible por haber simplemente prestado su nombre para que los verdaderos hicieren uso de él, no será reputado socio en relación a éstos, aunque le hubieren dado algún interés; mas lo será con relación a terceros con derecho contra los verdaderos socios para ser indemnizado de lo que pagare a los acreedores de la sociedad.

Ver: arts. 1668 C. argentino; 3207 del Esboço de T. de Freitas; 1984 del Anteproyecto de Bibiloni; 1215 del Proyecto argentino de 1936; 28 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1576. — No tendrán calidad de socios para efecto alguno de la sociedad, los dependientes, empleados u obreros, a quienes por vía de remuneración de su trabajo se les asigne una parte en las utilidades de aquélla; ni los terceros a quienes un socio hubiere interesado en su porte en la sociedad, o le cediere sus derechos de socio sin el consentimiento de todos sus otros coasociados.

Ver: art. 310 C. de Comercio; 31 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. Omitimos reproducir el art. 29 de este Anteproyecto, porque está implícito en el art. 1576 de este Código. Tampoco podemos reproducir su art. 30 porque contraría la exencia de la sociedad simple. En cuanto el *in fine* ver art. 542 del C.F.S. de las Obligaciones; 717 y 719 C. alemán; 1671 C. argentino; 2041 del Anteproyecto de Bibiloni.

CAPITULO II

De las relaciones de los socios entre sí

Art. 1577. — Cada socio está obligado a la aportación convenida en el contrato social, la cual puede consistir en dinero, bienes, en una industria o en servicios. No es permitido el aporte de crédito personal aunque sea comercial o bancaria.

Salvo convención en contrario, los aportes deben ser iguales y de la naturaleza e importancia exigida para la obtención del fin social.

Ver: arts. 706 C. civil alemán; 531 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2253 C. italiano; 39 y 40 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 1649 y 1650 C. argentino; 3050 y 3051 del Esboço de T. de Freitas; 1833 C. francés; 2779 a 2781 C. de Luisiana; 1681 y 1683 C. español; 1251 C. portugués; 2055 C. chileno; 2081 C. colombiano; 2078 C. ecuatoriano; 1376 C. brasileño; 1184 C. austriaco; 1905 C. uruguayo; 1654 C. venezolano; 1212 C. boliviano; 1687 segunda parte C. peruano; 1777 parte C. guatemalteco; 2689 C. mexicano; 1197 *In fine* C. costarricense; 3177 C. nicaraguense; 1784 C. hondureño; 539 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 547 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 669 del Código de la República de China; 1964 del Anteproyecto de Bibiloni.
Aun inspirado nuestro artículo en el 531 del C. Federal suizo de las Obligaciones, omitimos reproducir de él la palabra "créditos", como aporte admisible y válido de un socio, pues, está en la tradición de nuestro Derecho lo preceptuado por el art. 1650 del C. argentino, según el cual "Es nulo el contrato de sociedad, cuando alguno de los contratantes no aportase a la sociedad obligaciones de dar u obligaciones de hacer, y sólo concurra con su crédito o influencia, aunque se obligue a contribuir a las pérdidas, si las hubiere", disposición reproducida en su art. 1965 del Anteproyecto de Bibiloni, y en otros términos en el inc. 2º del art. 1203 de Proyecto argentino de 1936.
Juzga Bibiloni que la promesa de un mero crédito, aun cuando sea comercial o bancario, no traduciéndose en peculio o sea en dinero, o en una actividad personal o una industria, no sería aporte, sino una especulación sobre la confianza pública, y conduciría a la constitución de una sociedad leonina, criterio que compartimos, por mucho que respetemos la autoridad del Código Federal suizo de las Obligaciones y el de Luisiana que también admite la aportación de créditos y talentos en la constitución de una sociedad. Su art. 2781 define la palabra crédito en los siguientes términos: "Se entiende por la palabra crédito usada en el artículo anterior, no sólo la reputación que cualquiera puede tener en razón de su solvencia o de sus recursos pecuniarios, sino también las cualidades o las otras circunstancias que pueden permitirle ganar la confianza de otros y contribuir a la prosperidad de la sociedad".
Preconizado este criterio por más de una autoridad francesa, no goza de auspicios en la propia Suiza. Así, Bachamann, Siegmund, Goetzinger y Zeller, glosando el art. 531 del C. Federal de las Obligaciones,

estiman que el simple crédito personal, la confianza que procura la entrada de una persona en una sociedad, no constituye aporte suficiente (ver autores cits. in Commentaire de Schneider y Fick, t. II, Nº 2, pág. 7). Rossel, empero, distingue: si el crédito es meramente político, no sería aporte, y su promesa a favor de una sociedad tendría carácter inmoral; mas no así, si fuese un crédito comercial, asimilable a un bien, el cual podría constituir un aporte de gran valor (ver autor y opus cit. t. I, Nº 969, pág. 625).

Art. 1578. — En cuanto a las cosas aportadas en propiedad la garantía debida por el socio y los riesgos son regidos por las normas de la venta sobre evicción y los vicios redhibitorios.

El riesgo de las cosas aportadas en goce queda a cargo del socio que las ha proporcionado. La garantía por el goce se regula por las normas del arrendamiento.

Ver: art. 2254 C. Italiano. Sobre la primera parte, arts. 1701 C. argentino; 3155 del Esboço de T. de Freitas; 2014 del Anteproyecto de Bibiloni; 1234 del Proyecto argentino de 1936; 48 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Sobre el parágrafo 2º, ver arts. 1706 C. argentino; 3159 del Esboço de T. de Freitas; 2019 del Anteproyecto de Bibiloni; 1235 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 53 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Reproduciéndose en el presente artículo preceptos harto condcidos y de larga vigencia del C. argentino, no hace falta explicación alguna de la garantía debida por la evicción y por los vicios redhibitorios en orden a las cosas aportadas en propiedad. Hecha la tradición de dichos bienes, los riesgos pasan a cargo de la sociedad.
En cuanto a las cosas aportadas en goce, el riesgo queda a cargo del socio, porque, como reza el art. 1706 del C. argentino, el socio que la hubiere hecho continúa siendo propietario de ellas y es de su cuenta la pérdida total o parcial de dichos bienes, cuando no fuese imputable a la sociedad o alguno de los socios; y disuelta la sociedad podrá exigir la restitución de ellos en el estado en que se hallaren.

Art. 1579. — El socio que ha aportado un crédito exigible responde de la insolvencia del deudor dentro de los límites del art. 923 para el caso de asunción convencional de la garantía.

Ver: art. 2255 C. italiano; 1707 C. argentino; 3167 del Esboço de T. de Freitas; 2020 del Anteproyecto de Bibiloni; 1235 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 45 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
En principio, el cedente de créditos sólo responde de su existencia y la legitimidad. Nada empece empero, que el cedente asuma convencionalmente la responsabilidad por la insolvencia del deudor cedido. Nuestro artículo contempla este caso de excepción.
Los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades agregaron al contenido del art. 1707 del Código Civil argentino dos parágrafos, de los cuales, el 1º preceptúa la responsabilidad del socio que aportó títulos de crédito, por pérdida de éstos, si su pérdida no ha sido objeto de publicación alguna; y el 2º autoriza la aportación de acciones de sociedades, debentures y títulos de deuda por su valor de cotización en la Bolsa, debidamente justificado, conforme a lo auspiciado por el doctor Aztiria en el in fine del parág. 186, pág. 870, del t. I, de su Tratado de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
Aun mereciéndonos respeto la obra de este jurista, entendemos que tratándose por ahora del estatuto regulador de la sociedad simple, mal puede aplicársele las reglas de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, de que oportunamente se tratará en el presente Código. Siendo así, optamos por reproducir lisa y llanamente el art. 2255 del C. italiano de 1942.

Art. 1580. — El socio que no aportare a la sociedad la suma de dinero que hubiere prometido, debe los intereses de ella, desde el día en que debió hacerlo, sin que sea necesaria interpelación judicial o extrajudicial. Si la prestación ofrecida consistiere en otro género de bienes, debe satisfacer las pérdidas e intereses.

El socio que tomare dinero de la caja social para usos propios, debe los intereses a la sociedad desde el día en que lo hizo, y además los intereses y pérdidas que por ese acto sufriese la sociedad.

Ver: arts. 1721 y 1722 C. argentino; 415 y 416 de nuestro C. de Comercio; 1846 C. francés; 1710 C. italiano abrogado; 1253 y 1254 C. portugués; 1664 C. holandés; 2829 C. de Luisiana; 1682 C. español; 2083 C. chileno; 2109 C. colombiano; 2106 C. ecuatoriano; 1936 C. uruguayo; 1655 C. venezolano; 1213 C. boliviano; 1694 C. peruano; 1221 C. costarricense; 1789 C. guatemalteco; 3231 y 3232 C. nicaragüense; 1835 y 1836 C. hondureño; 539 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligacoines y los contratos; 3148 del Esboço de T. de Freitas; 2033 y 2034 del Anteproyecto de Bibiloni; 1234 y 1240 del Proyecto argentino de 1936; 57 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Art. 1581. — El socio no puede servirse sin consentimiento de los otros socios de las cosas pertenecientes al patrimonio social para fines extraños a los de la sociedad.

Ver: art. 2256 C. italiano; 1859 inc. 2º C. francés; 1723 inc. 2º C. italiano abrogado; 1270 inc. 2º C. portugués; 1676 C. holandés; 2841 inc. 2º C. Luisiana; 1695 inc. 2º C. español; 2081 inc. 2º C. chileno; 2107 inc. 2º C. colombiano; 2104 inc. 2º C. ecuatoriano; 1386 inc. 2º C. brasileño; 1904 inc. 2º C. uruguayo; 1668 inc. 2º C. venezolano; 1223 inc 2º C. boliviano; 1801 inc. 2º C. guatemalteco;

1219 inc. 2º C. costarricense; 3264 C. nicaraguense; 1805 inc. 2º C. hondureño; 551 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 709 C. alemán; 534 C. F. S. de las Obligaciones.

Art. 1582. — La gestión de los negocios de la sociedad corresponderá en común a los asociados, siendo necesario para cada asunto el asentimiento de todos.

Si con arreglo al contrato de sociedad hubieran de decidirse las cuestiones por mayoría de votos, deberá en caso de duda computarse la mayoría con arreglo al número de asociados.

Ver: arts. 709 C. alemán; 534 C.F.S. de las Obligaciones; 671 inc. 1º y 2º del C. Civil de la República de China; 553 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
El presente artículo consagra un principio general, rector de las sociedades simples, según el cual, siendo éstas entes autónomos, sus decisiones no pueden emanar de la voluntad aislada de los asociados individualmente considerados, sino de la voluntad social o sea del consentimiento común de todos los asociados.
Esta regla es puramente interpretativa, porque no se aplica sino cuando el contrato o la naturaleza del negocio previsto no confiere poderes necesarios a los asociados encargados de administrar la sociedad, o cuando se trata de controversias o litigios entre ellos. La decisión de disolver la sociedad o de prorrogar su duración, es decisión de la sociedad.
El contrato social puede determinar la manera de tomar decisiones sociales, sea por unanimidaad, por mayoría o por un cómputo de sufragios según la importancia de la parte en las utilidades y en las pérdidas. Por ejemplo, una mayoría que represente tres cuartos de beneficios sociales.
Callando el contrato acerca de estos particulares, la unanimidad será requerida. Un solo asociado podrá así impedir la adopción de una decisión. Será un derecho de veto. Si por espíritu de chicana pone en peligro los intereses de la sociedad, el contrato podrá ser denunciado respecto de él.
Si el contrato sólo exige la mayoría, deberá ésta computarse por cabeza.

Art. 1583. — La administración de la sociedad corresponde a cada uno de los socios separadamente de los otros, a menos que el contrato social o una decisión de la sociedad no la haya conferido exclusivamente a uno o varios de entre ellos, o a un tercero.

Cuando el derecho de administrar pertenece a todos los asociados o varios de entre ellos, cada uno puede obrar sin el concurso de los otros, pero cada uno de los otros socios administradores podrá sin embargo oponerse a la operación, antes que ésta sea realizada.

La mayoría de los socios, determinada según la parte atribuída a cada socio en las utilidades, decide sobre la oposición.

El consentimiento unánime de los asociados es necesario para nombrar un mandatario general, o para realizar actos jurídicos que excedan los límites de las operaciones ordinarias de la sociedad; a menos que haya peligro en la demora.

Sobre los tres primeros parágrafos, ver: arts. 2257 C. italiano; 535 C. F. S. de las Obligaciones; 709 a 711 C. alemán; 671 C. Civil de la República de China; 552 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
Y en cuanto al parágrafo 4º ver el parág. 3º del art. 535 del C.F.S. de las Obligaciones y 551 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
La administración de los negocios sociales puede comprender actos: 1º) que implican poderes de representación en las relaciones con los terceros; y 2º) actos de administración sin representación que se agotan en el ámbito interno de la sociedad.
Tratándose de estos últimos, nuestro artículo, a igual que su fuente, que estatuye si el contrato social o una decisión de la sociedad no ha confiado la administración exclusivamente a uno o a varios asociados, ello corresponde a cada uno de ellos separadamente, pero expuesto a que cada uno de los otros socios pueda oponer su veto a la operación, antes que ésta haya sido realizada.
Ejercicio este **ius prohibendi** o **derecho de oposición**; surge un conflicto que sólo puede ser decidido por la mayoría de los socios, computada no por cabeza, sino en la medida de su participación en las utilidades.
La administración puede también ser conjunta o sea con el consentimiento de todos los socios administradores para el cumplimiento de las operaciones sociales, o bien, por una simple mayoría, determinada en el modo ya indicado, si así se hubiese convenido. En la administración conjunta, podría el socio administrador singular llevar a cabo las operaciones programadas, pero únicamente en el caso de que exista la urgencia necesaria (ver Messineo, opus, cit. t. V, parág. 150 bis, Nº 6, pág. 313).

Art. 1584. — Si la administración corresponde conjuntamente a varios socios, es necesario el consentimiento de todos los socios administradores para el cumplimiento de las operaciones sociales.

Si se ha convenido que para la administración o para determinados actos sea necesario el consentimiento de la mayoría, ésta se determina a tenor del penúltimo parágrafo anterior.

En los casos previstos por este artículo, los administradores singulares no pueden realizar por sí solos ningún acto, salvo que exista urgencia en evitar un daño a la sociedad.

Ver: arts. 2258 C. Italiano y la nota al artículo anterior.

Art. 1585. — La revocación del administrador nombrado por el contrato social no tendrá efecto si no concurre una justa causa.

El administrador nombrado por acto separado es revocable con arreglo a las normas del mandato.

La revocación por justa causa puede ser pedida judicialmente en todos los casos por cada uno de los socios.

Ver: art. 2259 C. italiano; 539 C.F.S. de las Obligaciones; 1856 C. francés; 1266 C. portugués; 1663 C. holandés; 2838 C. de Luisiana; 712 y 713 C. alemán; 1692 C. español; 1681, 1682 y 1683 C. argentino; 3115 inc. 1º y 2º y 3116 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2072 C. chileno; 2098 C. colombiano; 2095 C. ecuatoriano; 1894 C. uruguayo; 1665 C. venezolano; 1383 C. brasileño; 1703 C. peruano; 2711 C. mexicano; 1209 C. costarricense; 1800 C. guatemalteco; 3245 C. nicaraguense; 1857 C. hondureño; 4354 C. de Puerto Rico; 548 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 558 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 674 C. Civil de la República de China; 1997 del Anteproyecto de Bibiloni; 1227 del Proyecto argentino de 1936.

La razón por la cual resulta irrevocable sin justa causa el mandato para administrar conferido a uno de los socios por el contrato de sociedad, es su naturaleza contractual y su duración por todo el tiempo estipulado. Por el contrario, el mandato para administrar confiado por acto posterior, o a un extraño, es revocable ad nutum. Estas normas son tradicionales de nuestro derecho, según así lo preceptúan los arts. 1681 a 1683 del C. argentino.

La justa causa puede consistir en todo motivo grave que le haga perder al administrador contractual la confianza de sus coasociados, o si le sobreviniese algún impedimento para administrar bien los negocios de la sociedad.

Puede el administrador revocado desconocer la legitimidad de la causa invocada por sus coasociados y conservar el cargo contra la oposición de éstos para ejecutar todos los actos que entran en la administración del fondo común hasta ser removido por sentencia de juez competente.

La ley no enumera cuáles sean los justos motivos, pero el contrato social puede indicarlos. Pueden ellos ser de naturaleza personal o derivar de circunstancias.

No bastará la simple negligencia. Por el contrario, será menester que el fin social sea gravemente amenazado. Si la conducta y los actos del socio administrador perjudican al crédito y a la reputación de sus asociados, o si él abusa de sus poderes en provecho propio, o si incurre en infidelidad, podrá ser revocado. La vida privada del socio administrador no se tendrá en cuenta, en tanto él cumpla con sus obligaciones contractuales y no comprometa los intereses sociales.

La revocación hecha así sólo producirá efecto en las relaciones internas de los asociados entre sí. Mas respecto de terceros, el administrador revocado podrá continuar obligando a la sociedad siempre que sus actos entren en la administración del fondo común, pero bajo su responsabilidad respecto de sus otros coasociados, quienes podrían provocar la disolución de la sociedad, o promover una acción para comprobar en juicio la justa causa que dice la ley.

Art. 1586. — Los derechos y las obligaciones de los administradores se rigen por las normas del mandato.

Los administradores son solidariamente responsables ante la sociedad por el cumplimiento de las obligaciones que les impone la ley y el contrato social. Sin embargo, la responsabilidad no se extiende a aquellos que demuestren estar exentos de culpa.

Ver: art. 2260 C. italiano; 540 parágrafo 1º C.F.S. de las Obligaciones; 713 C. alemán; 303 y 374 de nuestro C. de Comercio. El in fine de nuestro artículo se explica por que la culpa no se transmite.

Art. 1587. — Los socios que no participan de la administración tienen el derecho de obtener de los administradores informe acerca del desarrollo de los negocios sociales, de compulsar los documentos relativos a la administración y de obtener la rendición de cuentas cuando los negocios para los que se constituyó la sociedad se han llevado a cabo.

Si el cumplimiento de los negocios sociales durase más de un año, los socios tienen derecho a obtener la rendición de cuentas de la administración al término de cada año, salvo que el contrato establezca un término distinto.

Ver: art. 2261 C. italiano; 541 C.F.S. de las Obligaciones; 716 C. alemán; 1696 C. argentino; 3135 del Esboço de T. de Freitas; 2009 del Anteproyecto de Bibiloni; 1232 del Proyecto argentino de 1936; 35 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

El derecho que por este artículo se confiere a los socios de pedir la comunicación de los libros y papeles de la sociedad para informarse de la marcha de tal cual parte de sus negocios o de todos sus negocios, no puede ser renunciado, y la renuncia que de él se hiciese por el contrato social, sería sin valor alguno. No se trata de un derecho personal, intransmisible a los herederos.

El socio que haga uso de este derecho, puede hacerse asesorar de un experto en contabilidad u otra disciplina que le permita esclarecer el negocio de que se trata.

Art. 1588. — Salvo pacto en contrario, cada socio tiene derecho a percibir su parte de utilidades después de aprobada la rendición de cuentas.

Ver: art. 2262 C. italiano; 532 C.F.S. de las Obligaciones; 1778 C. argentino; 1853 C. francés; 1262 y 1263 C. portugués; 1699 C. español; 2091 C. chileno; 2092 y 2094 C. colombiano; 2089 y 2091 C. ecuatoriano; 1868 C. uruguayo; 1662 C. venezolano; 1218 C. boliviano; 2782 C. de Luisiana; 2728 C. mexicano;

1795 C. guatemalteco; 1201 C. costarricense; 1699 C. peruano; 3240 C. nicaraguense; 1844 C. hondureño; 1381 C. brasileño; 4351 C. de Puerto Rico; 545 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 563 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 677 C. Civil de la República de China; 2088 del Anteproyecto de Bibiloni; 1271 del Proyecto argentino de 1936.

Las utilidades o ganancias son los beneficios provenientes de un negocio concluido por un asociado y que es del dominio de la sociedad. Ellas serán siempre netas o sea las que resulten, deducidos los gastos.

Art. 1589. — Las partes correspondientes a los socios en las ganancias y en las pérdidas, se presumen proporcionales a las aportaciones. Si el valor de éstas no está determinado por el contrato, se las presume iguales.

La parte correspondiente al socio que ha aportado la propia obra, si no está determinada por el contrato, será fijada por el juez según la equidad.

Si el contrato determina solamente la parte de cada socio en las ganancias, en la misma medida se presume que haya de determinarse la participación en las pérdidas.

Ver: art. 2263 C. italiano; 533 C.F.S. de las Obligaciones; 722 C. alemán y demás códigos citados en la nota anterior.

Respecto del socio industrial o sea del que sólo aporta su propia obra, diversos son los criterios legislativos. Así, el parágrafo 3º del art. 533 del C.F.S. de las Obligaciones, permite una derogación contractual a la regla de derecho común, consistente en dispensar al socio que sólo ha aportado una industria de contribuir a las pérdidas, en razón de su condición por lo común modesta en relación a los socios capitalistas.

El art. 1781 del Código argentino, estatuye que si la prestación de los socios capitalistas fuese de partes desiguales, la parte de ganancias del socio industrial será fijada por árbitros, si no conviniesen los socios en señalarla. T. de Freitas había sugerido en el inc. 5º del art. 3184 de su Esboço que en esta hipótesis la parte del socio industrial será igual a la utilidad del socio de menor aporte. Vélez Sarsfield prefirió remitir la decisión al fallo de árbitros, que es lo mismo que arrojar al socio industrial en las redes de un pleito en el Puerto de Arrebatacapas.

El art. 1782 agrega que "Si el socio industrial hubiese puesto también capital, y el aporte de él fuese inferior al que hubiesen puesto los socios capitalistas, la división se hará por partes iguales. Es la misma regla del inc. 6º del art. 3184 del Esboço de T. de Freitas.

El art. 1783 del C. argentino preceptúa que "Si el valor del capital puesto por el socio industrial fuese igual o superior al que hubiesen puesto los socios capitalistas, la división se hará en proporción al importe de los capitales, adicionando al capital del socio industrial, un valor igual al del capital del socio o socios capitalistas". Es el inc. 7º del art. 3184 del Esboço.

Agrega el art. 1784 del C. argentino que "Si fuesen desiguales los valores puestos por los socios capitalistas y el capital del socio industrial fuese igual o superior al menor de los capitales de los socios capitalistas, la división se hará adicionando al capital del socio industrial, un valor, medio entre los capitales de los socios capitalistas". Es el inc. 9º del art. 3184 del Esboço.

Duramente criticado este sistema por Bibiloni a causa de sus defectos, en cuanto el C. argentino nada dispone sobre la parte de ganancias del socio industrial cuando todos lo son, o cuando sólo hay un socio capitalista; fue esbozado por él otro sistema no menos complicado cual es el estatuido por el art. 2090 de un Anteproyecto, según el cual:

1º Si sólo hubiese socios industriales en defecto de convención, tendrán todos partes iguales, tanto en las ganancias como en las pérdidas;

2º Si sólo hubiese un socio capitalista, o si los capitalistas fuesen varios con aportes iguales, el socio industrial tendrá en las ganancias una parte igual;

3º Si los aportes fuesen desiguales, el socio industrial tendrá en las mismas la parte que correspondiese al término medio de los capitales aportados por los otros socios.

El art. 2091 del mismo Anteproyecto estatuye que "Si el socio industrial hubiera puesto también capital, la división se hará en proporción a los capitales, adicionando al del socio industrial un valor igual al término medio de los capitales de todos los socios".

Contribuye a las pérdidas en proporción de su capital introducido.

El art. 2092 agrega que "Si todos los socios fuesen industriales, y hubiesen puesto también capitales, la división se hará en partes iguales, sean o no iguales los capitales puestos".

Estos preceptos fueron acogidos en el art. 1274 del Proyecto argentino de 1936. Como se comprenderá un sistema así resulta inextricable por su frondosidad, y expuesta a dificultades en su aplicación.

El sistema del art. 1853 del C. francés según el cual al socio industrial le corresponde en las ganancias y en las pérdidas, la parte del socio que puso menos capital, es sin duda, más sencillo, pero Vélez Sarsfield lo rechazó en la nota al art. 1781 del C. argentino.

Nosotros consideramos preferible el sistema auspiciado por el art. 2263 del C. italiano. Remitimos la fijación de la cuota en las utilidades a la equidad, noción que aun pareciendo vaga, no lo es tanto que impida al juez estimarla. La equidad es la justicia ejercida no según la letra de la ley, sino según un sentimiento de rectitud natural. Bien dijeron los romanos: Aequitas praefertur rigori, por lo que Paulo dijo: In ómnibus quidem, máxime tamen in iure æquitas spectanda est (D. 50, 17, 90) o sea que "en todas las cosas, y en el derecho sobre todo, debe contemplarse la equidad". Y la utilidad es, según Messineo, la diferencia aritmética activa entre el valor del patrimonio social tal como es en el acto de la constitución de la sociedad, y el valor sucesivo considerado en un determinado momento. Correlativa es la noción de pérdida, que está constituída por la diferencia pasiva entre los dos expresados elementos (autor y opus cits. t. V, parág. 150 bis, Nº 4, pág. 312).

A falta de toda noción concreta de la utilidad que corresponde al socio industrial, podrá el juez tomar en cuenta los distintos sistemas propuestos para determinarla, a que hemos hecho referencia más arriba.

Art. 1590. — La determinación de la parte de cada socio en las ganancias y en las pérdidas puede ser confiada a un tercero.

La determinación hecha por el tercero sólo puede ser impugnada en los casos previstos por el art. 1038 y en el término de tres meses computados desde el día en que el socio, que pretende haber sido lesionado, ha tenido comunicación de ella. La impugnación no puede ser ejercida por el socio que voluntariamente ha ejecutado la determinación del tercero.

Ver: art. 2264 C. italiano. Explicando este precepto dice Messineo: "Si la determinación de la participación se deja a un tercero (arbitrador) tal determinación puede ser impugnada cuando el tercero estuviese obligado a actuar arbitrio boni viri y no haya procedido con equitativa apreciación; en tal caso, si la determinación del tercero es inícua o errónea, la determinación se hace por el juez, estimulado por la acción del socio interesado. O bien si, al tercero se le pide que actúe con arbitrium merum, la determinación sólo es impugnable si se prueba que el tercero ha obrado de mala fe. En uno y otro caso, el socio (que pretenda ser lesionado) puede accionar siempre que provea a hacerlo dentro del término de tres meses, a contar del día en que recibió la comunicación de dicha determinación. Pero el socio no puede impugnar si ha dado él voluntariamente cumplimiento a la determinación del tercero (ver autor y opus cits. t. V, parág. 150 bis, Nº 5, pág. 312). Ver: 1663 C. venezolano; 1202 C. costarricense; 4352 C. de Puerto Rico.

Art. 1591. — Es nulo el pacto por el cual uno o varios socios son excluídos de toda participación en las utilidades o en las pérdidas, salvo lo dispuesto en el art. 1872.

Ver: art. 2265 C. italiano; 1652 C. argentino; 1855 C. francés; 2785 C. de Luisiana; 1372 C. brasileño; 1691 C. español; 1242 C. portugués; 2055 C. chileno; 2081 C. colombiano; 2078 C. ecuatoriano; 1221 C. boliviano; 1878 C. uruguayo; 1664 C. venezolano; 1688 C. peruano; 1778 C. guatemalteco; 2696 C. mexicano; 1205 parág. 1º C. costarricense; 3187 C. nicaraguense 1794 C. hondureño; 4353 C. de Puerto Rico; 547 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3058 inc. 3º, 3063 y 3182 del Esboço de T. de Freitas; 1967 del Anteproyecto de Bibiloni; 1203 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 19 inc. VI) del Anteproyecto orgentino de Ley General de Sociedades.

CAPITULO III

DE LAS RELACIONES CON LOS TERCEROS

Art. 1592. — La sociedad adquiere derechos y contrae obligaciones por medio de los socios de su representación y está en juicio en la persona de dichos representantes.

Salvo pacto en contrario, la representación corresponde a cada socio administrador y se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto o fin social.

Las modificaciones y la extinción de los poderes de representación se regulan por el art. 667.

Ver: art. 2266 C. italiano; 1856 a 1862 C. francés; 709 a 711 C. alemán; 1697 C. español; 1715 y 1716 C. argentino; 3196 del Esboço de T. de Freitas; 1266 C. portugués; 2846 C. de Luisiana; 1223 y 1225 C. boliviano; 1387 C. brasileño; 2094 C. chileno; 2120 C. colombiano; 2117 C. ecuatoriano; 1918 a 1920 C. uruguayo; 1671 C. venezolano; 1706, 1707 C. peruano; 1804 C. guatemalteco; 2712 C. mexicano; 1233 y 1234 C. costarricense; 3278 y 3279 C. nicaraguense; 1873 y 1874 C. hondureño; 4371 C. de Puerto Rico; 548, 552 y 2060 del Anteproyecto de Bibiloni; 1247 y 1253 del Proyecto argentino de 1936. 32 a 37 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1593. — Repútanse terceros, con relación a la sociedad y a los socios, no sólo todas las personas que no fueren socios, sino también los mismos socios en sus relaciones con la sociedad, o entre sí, cuando no derivaren de su calidad de socios, o de administradores de la sociedad.

Vr: art. 1711 C. argentino; 3074 del Esboço de T. de Freitas; 2024 del Anteproyecto de Bibiloni; 1246 del Proyecto argentino de 1936; 61 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Art. 1594. — Los deudores de la sociedad no son deudores de los socios, y no tienen derecho a compensar lo que debieren a la sociedad con su crédito particular contra alguno de los socios, aunque sea contra el administrador de la sociedad.

Ver: arts. 1712 C. argentino; 3189 del Esboço de T. de Freitas; 2025 del Anteproyecto de Bibiloni; 1250 del Proyecto argentino de 1936; 62 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 2271 C. italiano.

Art. 1595. — Los acreedores de la sociedad son al mismo tiempo acreedores de los socios. Si cobraren sus créditos de los bienes sociales, la sociedad no tendrá derecho a compensar lo que les debiere con lo que ellos debieren a los socios, aunque éstos sean los administradores de la sociedad. Si los cobrasen de los bienes particulares de algunos de los socios, ese socio tendrá derecho para compensar la deuda social con lo que ellos le debieren, o con lo que debieren a la sociedad.

Ver: art. 1713 C. argentino; 3191 del Esboço de T. de Freitas; 2026 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni; 1251 primera parte del Proyecto argentino de 1936; 63 primera parte del Anteproyecto argentinc de Ley General de sociedades.

Art. 1596. — Los acreedores de la sociedad pueden hacer valer sus derechos sobre el patrimonio social. Por las obligaciones sociales responden también personal y solidariamente los socios que han obrado en nombre y por cuenta de la sociedad, pero los otros socios sólo serán responsables por una porción viril, salvo que expresamente se hayan obligado solidariamente.

El contrato social debe llevarse a conocimiento de los terceros por medios idóneos; en su defecto, la limitación de la responsabilidad o la exclusión de la solidaridad no es oponible a aquellos que no han tenido conocimiento del mismo.

Ver: art. 2267 C. italiano; 1747 C. argentino; 3237 del Esboço de T. de Freitas; 1868 C. francés; 2844 C. de Luisiana; 1698 C. español; 1272 C. portugués; 2095 C. chileno; 2121 C. colombiano; 2118 C. ecuatoriano; 1398 C. brasileño; 1226 C. boliviano; 1921 C. uruguayo; 1671 y 1672 C. venezolano; 1710 C. peruano; 1806 C. guatemalteco; 2704 C. mexicano· 1235 C. costarricense; 3280 y 3281 C. nicaraguense; 1875 y 1876 C. hondureño; 4372 C. de Puerto Rico; 555 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 567 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2059 del Anteproyecto de Bibiloni; 1256 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1597. El socio requerido de pago por deudas sociales puede pedir, aun cuando la sociedad esté en liquidación, la previa excusión del patrimonio social, indicando los bienes sobre los cuales el acreedor pueda satisfacerse fácilmente.

Ver: art. 2268 C. Italiano. Respondiendo solidariamente por las deudas sociales los socios administradores, como está dispuesto por el art 1596, y aun los otros socios que por el pacto social se obligaron de igual modo, preceptúa nuestro artículo que ellos gozan del beneficio de excusión, dada la naturaleza subsidiaria de su obligación.

Art. 1598. — Quien entra a formar parte de una sociedad ya constituída responde con los otros por las obligaciones sociales anteriores a la adquisición de su calidad de socio.

Ver: art. 2269 C. italiano. La extensión de la responsabilidad al nuevo socio resulta del propio título de su incorporación contractual.

Art. 1599. — El acreedor particular del socio, mientras dure la sociedad, puede hacer valer sus derechos sobre las utilidades correspondientes al deudor y llevar a cabo actos de conservación sobre la cuota correspondiente a este último en la liquidación.

Si los otros bienes del deudor son insuficientes para satisfacer su crédito, el acreedor particular del socio puede pedir además en cualquier tiempo la liquidación de la cuota de su deudor. La cuota debe liquidarse dentro de los tres meses computados desde la fecha de la demanda, salvo que se haya acordado la disolución de la sociedad.

Ver: art. 2270 C. italiano; 1754 a 1756 C. argentino; 3246 inc. 1º, 3247 inc. 2º y 3º y 3248 del Esboço de T. de Freitas; 2066 a 2068 del Anteproyecto de Bibiloni; 1260 del Proyecto argentino de 1936; 64 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 1699 in fine C. español; 1273 C. portugués; 725 C. alemán; 2096 C. chileno; 2122 C. colombiano; 2119 C. ecuatoriano; 1922 C. uruguayo; 1236 in fine C. costarricense; 3282 in fine C. nicaraguense.

La presente disposición no es una novedad en nuestro Derecho civil, respecto al acreedor personal del socio, el cual nada puede pretender de la sociedad que no es su deudora. Sólo tiene derecho sobre la cuota de participación del socio-deudor, mejor dicho, sobre el valor pecuniario de dicha cuota. En consecuencia, el acreedor personal del socio no puede provocar la disolución de la sociedad para cobrar su crédito. Puede hacer valer sus derechos sobre las utilidades correspondientes a su deudor, y realizar los actos conservativos (embargos) sobre la cuota que le corresponda en la liquidación. Si como dispone el parágrafo 2º de nuestro artículo, si los otros bienes del deudor son insuficientes, el acreedor podrá pedir en cualquier tiempo la liquidación de la cuota social de su deudor, la cual debe ser liquidada dentro de los tres meses computados desde la promoción de su demanda, salvo que se acuerde por los socios la disolución de la sociedad.

La cuota del socio-deudor será liquidada al neto del pasivo del patrimonio social, de modo a tutelar a los acreedores sociales que deben ser preferidos sobre los bienes sociales (Messineo, opus cit. t. V, parág. 150 bis, Nº 8, pág. 315).

Dado que la sociedad no adquiere el dominio de los bienes aportados por los socios, sino por su tradición, ocioso es que en tanto esta tradición no haya tenido lugar, pueda el acreedor particular del socio accionar sobre dicha cuota o prestación que todavía no ha entrado en el patrimonio de la sociedad, como reza el art. 1754 del C. argentino.

Fuera de esta hipótesis, si la sociedad ha adquirido el dominio sobre la prestación del socio, el acreedor personal de éste sólo podrá accionar sobre las ganancias o utilidades que los balances anuales demostrasen en favor del socio, si éste tenía derecho para retirarlas, como reza el art. 1755 de dicho Código, en lo que coincide con el parágrafo 1º de nuestro artículo. Y dado que quien puede lo más, pueda lo menos, ocioso es que el acreador personal del socio pueda también pedir el embargo preventivo de dichas utilidades, o de la cuota eventual que pueda corresponder al socio deudor en la partición de la sociedad, como reza el art. 1756, con la única diferencia con nuestro artículo de que contra lo estatuido por la segunda parte de este precepto, el nuestro autoriza al acreedor a demandar en cualquier tiempo la liquidación de la cuota social de su deudor, si sus demás bienes fuesen insuficientes para satisfacer el crédito reclamado.

CAPITULO IV

De la disolución de la sociedad

Art. 1600. — La sociedad se disuelve:

1º) Por el transcurso del término;

2º) Por la obtención del objeto social o por la imposibilidad sobreviniente de conseguirlo;

3º) Por la voluntad de todos los socios;

4º) Cuando llega a faltar la pluralidad de los socios, si en el término de seis meses ésta no es reconstituída;

5º) Por las otras causas previstas en el contrato social.

Ver: art. 2272 C. italiano; 1865 C. francés; 1275 C. portugués; 2847 C. de Luisiana; 1700 C. español; 1223 C. boliviano; 545 C.F.S. de las Obligaciones; 723, 725 a 723 C. alemán; 1399 C. brasileño; 2098 a 2108 C. chileno; 2124 a 2134 C. colombiano; 2121 a 2131 C. ecuatoriano; 1923 a 1933 C. uruguayo; 1673 C. venezolano; 1714 C. peruano; 1812 C. guatemalteco; 2720 C. mexicano; 1237 a 1246 C. costarricense; 3285 C. nicaraguense; 1879 C. hondureño; 4391, 4395 C.de Puerto Rico; 556 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones; 1758, 1759, 1764, 1767, 1769, 1771, 1772, 1773, 1774, y 1775 C. argentino; 576 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 692 C. Civil de la República de China; 2070, 2071, 2076, 2077, 2079, 2081, 2082, 2083, 2084 y 2085 del Anteproyecto de Bibiloni; 1262, 1263 y 1269 del Proyecto argentino de 1936; 114 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

En principio no hay diferencias fundamentales entre el presente artículo y los preceptos ya citados del C. argentino.

El inc. 1º de nuestro artículo es casi igual a lo dispuesto por el art. 1764 del C. argentino, siquiera éste agregue el "cumplimiento de la condición a que fue subordinada" la disolución de la sociedad, como sería una condición resolutoria.

La disolución de la sociedad simple por el transcurso del término, si bien excluye, como las otras causas, operaciones nuevas, no implica que la vida de la sociedad se detenga toda ella, o sea que la sociedad se extinga, como la vida de una persona que fallece. Es necesario proveer a que los acreedores sociales sean satisfechos y a que los créditos sean cobrados y el patrimonio social se convierta en dinero, para su distribución entre los socios (Messineo, opus cit. t. V, parág. 150 bis, Nº 10, pág. 316). Por otra parte, la sociedad puede ser tácitamente prorrogada por tiempo indeterminado, como se verá por el artículo siguiente, y así también lo preceptúa el art. 1766 del C. argentino, sin necesidad de un nuevo acto escrito, con tal que pueda probarse su existencia.

El inc. 2º de nuestro artículo no tiene concordantes en el C. argentino, pero si en el inc. 1º del art. 545 del C.F.S. de las Obligaciones; el inc. 2º del art. 1865 del C. francés y sus imitaciones. Si la sociedad se constituyó al sólo efecto de comprar un inmueble determinado, y éste es adquirido por la sociedad, quedaría ésta sin objeto y disuelta por consecuencia.

El inc. 3º de nuestro artículo tampoco tiene concordantes en el C. argentino, pero si en el inc. 4º del art. 545 del C.F.S. de las Obligaciones; el inc. VI) del art. 1399 del C. brasileño; 2107 del C. chileno y sus limitaciones, etc. En la sociedad simple, la voluntad unánime de sus miembros es el poder supremo de ella. Sólo por la voluntad unánime de los socios puede modificarse el contrato social, art. 1574 y la admisión de nuevos socios, art. 1575. Ocioso es que ella pueda decidir de la disolución de la sociedad aun antes de la expiración de su término.

El inc. 4º de nuestro artículo, tiene su concordante en el art. 1758 del C. argentino, según el cual, la sociedad de dos personas queda disuelta por el fallecimiento de una de ellas.

El inc. 5º de nuestro artículo es de la mayor amplitud en cuanto consagra la libertad de los socios fundadores de contemplar en el pacto social otras causas de disolución, como son todas las otras causas contempladas en el Código argentino y demás códigos: exclusión de uno de los socios, renuncia, abandono de hecho, incapacidad sobreviniente, pérdida total del capital, pérdida de la propiedad o del uso de la cosa que constituía el fondo con el que obraba, sentencia judicial, quiebra de uno de los socios, etc.

Art. 1601. — La sociedad queda tácitamente prorrogada por tiempo indeterminado, cuando transcurrido el tiempo por el que fue contratada, los socios continúan cumpliendo las operaciones sociales y pueda probarse su existencia en hechos notorios.

Ver: arts. 2273 C. italiano; 724 in fine C. alemán; 546 in fine C.F.S. de las Obligaciones; 1766 C. argentino; 2076 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1264 del Proyecto argentino de 1936; en contra: art. 116 del Anteproyecto argentino de Ley general de sociedades por el que se estatuye que la prórroga debe ser expresa de la voluntad unánime de los socios y registrada. No podemos adoptar esta decisión por tratarse en el presente caso de la sociedad simple, la que, como ya lo hemos dicho, no es un contrato solemne.

Art. 1602. — Ocurrida la disolución de la sociedad, los socios administradores conservan el poder de administrar, con limitación a los asuntos urgentes, hasta tanto se adopten las providencias necesarias para la liquidación.

Ver: art. 2274 C. italiano. Sin correspondencia en el C. argentino. Si la causa de la disolución de una sociedad es la muerte de uno de los socios, bien podría ocurrir que el administrador lo ignorase, explicándose así que en tanto lo ignore conserve sus poderes de administrar hasta el día en que la noticia llegue a su conocimiento o hasta que por el transcurso del tiempo haya debido saberla. Así lo decide

el art. 547 del C.F.S. de las Obligaciones, el cual impone a los herederos legítimos del socio fallecido la obligación de hacer saber inmediatamente a los demás socios la muerte de su autor: Si el fallecido fuese el propio gerente, el heredero podrá continuar, según las reglas de la buena fe, los negocios precedentemente administrados por el difunto, hasta que las medidas necesarias sean tomadas. Los otros asociados continuan del mismo modo y provisoriamente la administración de los negocios de la sociedad. Nuestro artículo, evidentemente inspirado en el art. 547 del C.F.S. de las Obligaciones estatuye que ocurrida la disolución, los socios administradores conservan el poder de administrar, siquiera con limitación a los asuntos urgentes, hasta tanto que se adopten las providencias necesarias para la liquidación.

Art. 1603. — Si el contrato no prevé el modo de liquidar el patrimonio social y los socios no acuerdan manera de determinarlo, la liquidación se hará por uno o varios liquidadores, nombrados con el consentimiento de todos los socios o, en caso de desacuerdo, por el juez de turno.

Los liquidadores pueden ser revocados por voluntad de todos los socios y en todo caso por el juez, mediante justa causa, a petición de uno o varios socios.

Ver: art. 2275 C. italiano. El C. argentino sólo provee por su art. 1777 que "En la liquidación de la sociedad se observará lo dispuesto en el Código de Comercio, sobre la liquidación de las sociedades comerciales", tal como T. de Freitas lo auspicia en el inc. 1º del art. 3284 de su Esboço, y lo repiten los arts. 2087 del Anteproyecto de Bibiloni y 1270 del Proyecto argentino de 1936.
No a pocas dificultades se ofrece la aplicación de los preceptos del C. de Comercio a la liquidación de las sociedades civiles, como lo señaló Segovia en la nota 128 al art. 1779 de su numeración (C. Civil), pero referido a los preceptos del Código de Comercio argentino del 12 de setiembre de 1862. Así, relacionando la numeración de este Código con el vigente a esta fecha, juzga Segovia que la liquidación debe hacerse conforme con los arts. 434 a 437 del actual Código. Juzga que en presencia de los arts. 1747, 1750 y 1941 del C. Civil, no será aquí aplicable el art. 438 parág. 2º del C. de Comercio: vé el art. 313 de la numeración del Código de 1862, no reproducido en el vigente. Y siguen otras observaciones, que por ociosas omitimos.
Explícase así que ante estas dificultades hayan los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades consagrado a la Liquidación los arts. 124 a 136, y que por su art. 127 hayan estatuído: 1º) que salvo estipulación en contrario, la liquidación se halla a cargo del administrador o administradores de la sociedad, en caso de hallarse la administración encomendada a una o varias personas, socios o no; y 2º) que fuera de este caso, el liquidador es nombrado por mayoría de votos, sin establecer la manera de computar esta mayoría, si es por cabeza o en proporción al aporte de cada socio.
Nuestro artículo preceptúa que los liquidadores deben ser nombrados con el consentimiento de todos los socios, o en caso de desacuerdo por el juez, decisión por la cual optamos como más ajustada a los poderes del liquidador, mucho más amplios que los del administrador, quien conserva los suyos a pesar de la disolución de la sociedad, pero con limitación a los asuntos urgentes, como por ejemplo la terminación de un negocio empezado antes y en curso de ser concluído. Mas si los administradores no podrían disuelta la sociedad, llevar a cabo nuevos negocios, menos podrían proceder en virtud de sus mismos poderes a los actos de liquidación en que se incluyen la venta de los bienes del activo patrimonial de la sociedad para distribuir su importe entre los socios.

Art. 1604. — Las obligaciones y la responsabilidad de los liquidadores se regulan por las disposiciones establecidas respecto de los administradores, siempre que no se haya dispuesto otra cosa por las normas siguientes o por el contrato social.

Ver: art. 2276 C. italiano. Por este precepto la ley equipara la figura del liquidador o de los liquidadores a la de los administradores, siquiera con poderes más amplios, sin facultad de emprender nuevas operaciones. Su responsabilidad es la del mandatario. Mas o menos en los mismos términos estatuye el art. 129 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades que: "Los liquidadores asumen a los efectos de la liquidación el carácter de representantes y administradores de la sociedad. Pueden efectuar todos los actos que tiendan a la realización del activo y a la extinción del pasivo de la sociedad, etc.

Art. 1605. — Los administradores deben entregar a los liquidadores los bienes y los documentos sociales y presentar a ellos la cuenta de la gestión relativa al período siguiente a la última rendición de cuentas.

Los liquidadores deben hacerse cargo de los bienes y documentos sociales, y redactar juntamente con los administradores, el inventario del cual resulte el estado activo y pasivo del patrimonio social. El inventario debe ser suscrito por los administradores y por los liquidadores.

Ver: art. 2277 C. italiano; 436 de nuestro C. de Comercio; 128 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Art. 1606. — Los liquidadores pueden realizar los actos necesarios para la liquidación y, si los socios no han dispuesto otra cosa, pueden vender aun en bloque los bienes sociales y hacer transacciones y compromisos.

Ellos representan a la sociedad también en juicio.

Ver: arts. 2278 C. italiano; 129 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. En cuanto a la

facultad de transar y hacer compromisos, ver en contra el art. 444 de nuestro C. de Comercio, salvo autorización especial de los socios.

Art. 1607. — Los liquidadores no pueden emprender nuevas operaciones. Si contravienen a esta prohibición, responderán personal y solidariamente por los negocios que hubieren emprendido.

Ver: art. 2279 C. italiano. Ausente esta expresa prohibición en nuestro Código de Comercio, podría dársela por implícitamente estatuida, porque limitado el liquidador a realizar solo aquellos actos que conduzcan a la liquidación, mal podrían estar facultado para celebrar o ajustar nuevos negocios.

Art. 1608. — Los liquidadores no pueden distribuir entre los socios, ni siquiera parcialmente, los bienes sociales, mientras no hayan sido pagados los acreedores de la sociedad o no hayan sido separadas las sumas necesarias para pagarles.

Si los fondos disponibles resultan insuficientes para el pago de las deudas sociales, los liquidadores pueden pedir a los socios las sumas todavía debidas sobre las respectivas cuotas y, si hace falta, las sumas necesarias, dentro de los límites de la respectiva responsabilidad y en proporción a la parte de cada uno en las pérdidas. En la misma proporción se distribuye entre los socios la deuda del socio insolvente.

Ver: arts. 2280 C. italiano; 442 y 437 de nuestro C. de Comercio; 132 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Art. 1609. — Los socios que han aportado bienes en goce tienen derecho a recuperarlos en el estado en que se encuentren. Si los bienes han perecido o se han deteriorado por causas imputables a los administradores, los socios tienen derecho al resarcimiento del daño a cargo del patrimonio social, salvo la acción contra los administradores.

Ver: art. 2281 C. italiano. Sin correspondencia en nuestra legislación.

Art. 1610. — Extinguidas las deudas sociales, el activo que resta se destina al reembolso de las aportaciones. El eventual excedente se distribuye entre los socios en proporción de la parte de cada uno en las ganancias.

El monto de las aportaciones que no tengan por objeto sumas de dinero se determina según la valoración que se haya hecho en el contrato o, en su defecto, según el valor que los mismos tenían en el momento en que se realizaron.

Ver: art. 2282 C. italiano. Sin antecedente en nuestra legislación.

Art. 1611. — Si se ha convenido que la distribución de los bienes se haga en especie, se aplican las disposiciones relativas a la división de las cosas comunes.

Ver: art. 2283 C. italiano. Sin antecedente en nuestro C. de Comercio. Messineo, siguiendo a Brunett y Coviello, juzga dudoso que la distribución entre los socios sea una verdadera y propia división (ver autor y opus cits. t V, parág. 150 bis, Nº 11 al fin, pág. 319). La razón que se da de esta duda es elemental. La división en especie sólo puede tener lugar si los socios así lo han estatuido en el contrato social. El liquidador no puede hacerla por propia iniciativa. Y lo dudoso es que la mayoría de los socios pueda imponerla al socio disidente. Tiene éste derecho a la realización de su cuota, una vez extinguida la deuda social. De aquí serias discrepancias de los tratadistas italianos. Así, Giuseppe Ferri estima que no sufriendo detrimento el derecho individual del socio a la cuota de liquidación por efecto de una modificación de la modalidad de la liquidación y de la atribución de los bienes del socio, modificación que puede tener lugar hasta la disolución, propende a afirmar que la mayoría pueda imponer la repartición en especie al socio disidente. (autor cit. **Delle Società**, pág. 220). Mas sostienen lo contrario o sea que solo la unanimidad de los socios puede hacer legítima la distribución de los bienes en especie, Vivante, **Trattato**, t. II, Nº 771 y 779, Straffa **Liquidazione**, Nº 13; Navarrini, **Società**, Nº 630 y 647, citados por el propio Ferri.

En la determinación de la cuota de liquidación deben considerarse dos elementos: el valor del aporte y la parte que en las utilidades corresponda al socio.

Normalmente, esta parte es proporcional al aporte y por consiguiente no es necesario distinguir: como esta proporcionalidad puede igualmente no subsistir, la ley fija como criterio fundamental aquel según el cual, ante todo, el activo que sobra después de satisfechos los acreedores de la sociedad, debe ser destinado al reembolso de los aportes; lo que eventualmente exceda debe ser repartido entre los socios en proporción a su parte en las utilidades.

CAPITULO V

De la disolución del vínculo social limitada a un socio

Art. 1612. — Salvo disposición contraria del contrato social, en caso de muerte de uno de los socios, los otros deben liquidar la cuota a sus herederos, a menos que ellos prefieran disolver la sociedad, o bien continuarla con los mismos herederos y que éstos estén de acuerdo.

Ver: art. 2284 C. italiano; 1868 C. francés; 1277 C. portugués; 1688 C. holandés; 2853 C. de Luisiana; 1704 C. español; 1232 C. boliviano; 1402 C. brasileño; 1760 C. argentino; 2103 a 2105 C. chileno; 2129 a 2131 C. colombiano; 2126 a 2128 C. ecuatoriano; 1928 a 1930 C. uruguayo; 1676 C. venezolano; 1716 y 1717 C. peruano; 2722 C. mexicano; 1242 y 1243 C. costarricense; 3288 y 3289 C. nicaraguense; 1883 C. hondureño; 4395 C. de Puerto Rico; 736 C. alemán; 547 C.F.S. de las Obligaciones; 3263, 3267, 3270 y 3271 del Esbozo de T. de Freitas; 559 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 571 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 687 inc. 1º y 688 parág. 2º C. Civil de la República de China; 2071 a 2074 del Anteproyecto de Bibiloni; 1263 inc. 1º; 1265 y 1266 del Proyecto argentino de 1936; 107, 110 y 115 del Antepreyecto argentino de Ley General de sociedades.

Dadas las tres hipótesis de nuestro artículo: 1º cláusula contractual relativa a los efectos de la muerte de uno de los socios; 2º a falta de ella, derecho de los herederos del socio difunto a la liquidación de la cuota de su autor; y 3º opción de los socios supervivientes entre disolver la sociedad o continuarla con los herederos que consientan en ello, se ofrecen las tres soluciones siguientes:

a) la liquidación de la cuota del socio difunto o la continuación de la sociedad entre los socios supérstites;

b) la disolución de la sociedad y la consiguiente liquidación; y

c) la continuación de la sociedad con los herederos del socio difunto.

La elección de las dos primeras soluciones sólo compete a los socios supérstites porque sólo de su voluntad depende esencialmente la continuación de la sociedad o su extinción y luego la liquidación de la cuota del difunto, o la liquidación de la sociedad, sin que los herederos del difunto tengan derecho a interferir esta elección.

La tercera solución es por el contrario el resultado del acuerdo entre los socios supérstites y los herederos del socio difunto. Sin este acuerdo, los herederos no podrían ingresar en la sociedad en calidad de socios, porque la sociedad se constituye **intuitus personae**. La calidad de heredero no hace adquirir la calidad de socio, pero crea el presupuesto para la adquisición de tal calidad sobre la base del contrato social. Si el difunto dejase varios herederos, no podrían éstos substituirle en grupo, sino como lo acordasen con los socios supérstites. Siendo la participación en la sociedad efecto de una declaración de voluntad del heredero y no efecto de la sucesión hereditaria, dice a este propósito E. Ferri, dos son los efectos que de ello derivan: a) que la responsabilidad del heredero es la normal consiguiente a la participación en una sociedad ya constituida; y b) que en el caso en que el heredero sea incapaz su participación en la sociedad se subordina a la prescrita autorización del juez de la tutela.

La responsabilidad del heredero socio por las obligaciones sociales es ilimitada aunque él haya aceptado la herencia a beneficio de inventario.

La regulación convencional de las relaciones sociales en caso del fallecimiento de un socio, puede dar lugar a situaciones delicadas.

Si el contrato social prevé que se haga en todo caso la liquidación de la cuota del socio difunto, los socios supérstites no pueden impedirle la realización de la cuota en los términos del art. 1617, mediante la disolución limitada de la sociedad que así se libera y es consiguiente al suprimirse una participación esencial.

Puede, en cambio, el contrato social prever que a la muerte del socio se disuelva la sociedad, caso en el cual el heredero del socio difunto tiene derecho a la cuota de liquidación.

Puede, en fin, el contrato social prever la continuación de la sociedad con el heredero, hipótesis en la cual surge el más grave problema. La doctrina italiana enseña que esta cláusula puede en la práctica asumir un triple contenido:

a) el de atribuir al heredero el derecho de continuar en la sociedad, hipótesis cuyo único efecto sería el de privar del derecho de elección que, según la ley, compete a los socios supérstites. La posición del heredero no sería en este caso distinta de la que resulta del art. 1612 del presente Código y su participación sería para siempre el efecto de un acto de su voluntad;

b) el de prever, como una obligación del heredero, su continuación en la sociedad; y

c) el de prever la continuación de la sociedad con los herederos, como una consecuencia automática de la adquisición de la herencia.

Se habla en el primero de estos dos últimos casos de cláusula con obligación de continuar y en el segundo de cláusula de sucesión.

Consistiría la diferencia en que la cláusula con obligación de continuar requeriría la declaración de voluntad de los socios supérstites, faltando la cual debe verificarse la consecuencia del incumplimiento de una obligación de contratar o sea el resarcimiento del daño a cargo del incumplido y la posibilidad de obtener una sentencia constitutiva, substitutiva del consentimiento faltante, al paso que la cláusula de sucesión importaría la adquisición automática de la calidad de socio, como consecuencia de la adquisición de la herencia.

No menos árduo es el problema de conciliar el principio de la limitación **intra vires haereditarias** del heredero que acepta la herencia a beneficio de inventario con el principio de la responsabilidad ilimitada, normalmente consecutiva, a la aceptación de entrar a formar parte de la sociedad, o peor todavía, este automatismo, con la necesidad de la autorización judicial para la participación de un incapaz en la sociedad. Dejando de lado la controversia doctrinal acerca de este punto, diremos sólo que siendo la participación en la sociedad consecuencia del pacto social y de la manifestación de la voluntad del heredero, implícita en la aceptación de la herencia, por ilimitada que fuese la responsabilidad de su autor, sólo subsistiría **intra vires haereditatis**, tanto por las obligaciones sociales anteriores a la apertura de la sucesión, cuanto por las sucesivas o posteriores, según así lo ha consagrado la jurisprudencia (ver Ferri, **opus cit.** nota 3, pág. 232).

No pocas son las otras cuestiones a que la aplicación de nuestro artículo puede dar lugar y provocar controversias apasionantes que pueden verse en las obras italianas consagradas al estudio especializado de esta materia.

Concluyamos con la advertencia de Ferri de que el presente artículo no es aplicable a la hipótesis de

la muerte del socio de una sociedad de dos, caso en el cual debe estarse a lo dispuesto en el art. 1600 inc. 4º del presente Código.

Art. 1613. — Todo socio puede separarse de la sociedad contratada por tiempo indeterminado o por toda la vida de uno de los socios

Puede separarse también en los casos previstos en el contrato social o cuando exista una justa causa.

En los casos previstos en el primer apartado, la separación se debe comunicar a los otros socios con un preaviso de tres meses al menos.

Ver: arts. 2285 C. italiano; 1739 y 1749 C. argentino: 3225 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1869 C. francés; 1278 C. portugués; 1686 C. holandés; 2855 C. de Luisiana; 1705 C. español; 1233 C. boliviano; 2108 C. chileno; 2134 C. colombiano; 2131 C. ecuatoriano; 1933 C. uruguayo; 1677 C. venezolano; 1718 C. peruano; 1399 inc. V) y 1404 C. brasileño; 1818 C. guatemalteco; 2720 inc. VI) C. mexicano; 1246 C. costarricense; 3290 C. nicaragüense; 1884 C. hondureño; 496 C. de Puerto Rico; 724 C. alemán; 546 del C.F.S. de las Obligaciones; 1205 y 1207 C. austriaco; 560 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 572 parágrafo 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2050 y 2077 del Anteproyecto de Bibiloni; 1241 inc. 4º y 1263 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 106 parág. 1º y 112 del Anteproyecto argentino de Ley general de sociedades.

Es de derecho uniforme en esta materia que para que proceda la rescisión unilateral del pacto social no sólo se requiere que la sociedad se haya constituído por tiempo indefinido, sino además que la renuncia sea intempestiva y de mala fe, previo aviso de por lo menos 6 meses.

La renuncia intempestiva es la hecha sin previo aviso e inoportunamente, por lo común para impedir la conclusión de negocios pendientes y en general para realizar los fines propuestos por el renunciante. Ella es hecha de mala fe, cuando se evidencia que es contraria a la lealtad que los socios se deben entre sí.

Por derecho suizo la renuncia hecha de mala fe no produce efecto alguno respecto de los otros socios, por oposición al derecho romano que exponía al socio de mala fe a la obligación de responder por daños y perjuicios (ver V. Rossel, opus cit. Nº 1005, pág. 640 y ss.).

Nuestro artículo se separa de estos antecedentes. Bastan: 1º que la sociedad se haya constituído por tiempo indefinido o por toda la vida de uno de los socios; 2º la renuncia del socio; y 3º su comunicación a los otros socios con un preaviso de tres meses al menos. El pacto social puede contemplar otros casos en que la separación es admisible, y fuera de este supuesto cuando medie una justa causa que el renunciante pueda invocar.

La separación del socio es una derogación del principio de la indisolubilidad del contrato, si no es por mutuo consentimiento, conforme con el art. 1060 del presente Código. Siendo así, la separación tiene lugar ad nutum. Se funda en la inadmisibilidad de un vínculo de duración indeterminada o que se prorroga por toda la vida de un socio. La doctrina italiana propende a admitirla aun en los casos en que la duración de la sociedad se ha fijado por un término superior a la duración media de la vida humana.

Fuera de estos casos, nuestro artículo autoriza el retiro de un socio cuando media justa causa, entendiéndose por tal una disidencia o discordia insanable entre el renunciante y sus demás socios que torne imposible la vida de la sociedad. Agrega Ferri que debe igualmente admitirse por justa causa la pérdida notable de la confianza, los abusos o la negligencia de los administradores, la conducta inmoral de los otros socios. No puede imponerse al socio que permanezca en la sociedad cuando alguno de los otros socios haya sido declarado en quiebra o condenado a sufrir una pena inframante.

Fuera de estos casos, nuestro artículo admite que el contrato social establezca causas convencionales de rescisión parcial de la sociedad.

La declaración de separación es perfecta desde que llega a conocimiento de los otros socios, y no pueden éstos subordinar su eficacia a la liquidación de la cuota del socio renunciante.

Art. 1614. — La exclusión de un socio puede tener lugar por graves incumplimientos de las obligaciones que derivan de la ley o del contrato social, así como por la interdicción, la inhabilitación del socio o por su condena a una pena que importe su inhabilitación aunque sea temporal para el desempeño de funciones públicas.

El socio que ha aportado a la sociedad la propia obra o el goce de una cosa, puede también ser excluído por ineptitud sobrevenida para desarrollar la obra aportada o por el perecimiento de la cosa debido a causa no imputable a administradores.

Igualmente puede ser excluído el socio que se ha obligado con su aportación a transferir la propiedad de una cosa, si ésta ha perecido antes de que la propiedad de ella haya sido adquirida por la sociedad.

Ver: art. 2286 C. italiano; 1769 y 1742 C. argentino; 3230 del Esboço de T. de Freitas; 1865 inc. 4º, y 1875 francés; 1276 inc. 4º y 1279 C. portugués; 1700 inc. 3º y 1701 C. español; 2847 inc. 3º 2854 y 2859 C. de Luisiana; 1228 inc. 4º, 1230, 1231, y 1235 C. boliviano; 1408 C. brasileño; 2101, 2106 C. chileno; 2127 y 2132 C. colombiano; 2124 y 2129 C. ecuatoriano; 1927 parág. 2º, 1931 y 1933 parág. 2º C. uruguayo; 1673 inc. 4º 1675 y 1679 C. venezolano; 1714 inc. 5º, 1715 y 1719 C. peruano: 1312 inc. 5º, 1815, 1819 C. guatemalteco; 2720 inc. IV, C. mexicano; 1244 y 1246 segunda parte C. nicaragüense; 1879 inc. 3º, 1880 C. hondureño; 4392 C. de Puerto Rico; 556 inc. 4º, 558 y 561 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 570 inc. 3º y 573 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 737 C. alemán; 2079, 2045 y 2053 del Anteproyecto de Bibiloni; 1244, 1245, 1263 inc. 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936; 108, 109 y 11 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

El instituto de la exclusión no es contemplado por todos los códigos arriba citados, sino por el argentino (1769), francés (1871, pero sólo por sentencia judicial); 561 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; Anteproyecto de Bibiloni (2079); Proyecto argentino de 1936 (1244); Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades (art. 108) y Código de comercio (arts. 419 y 420). Mas nuestro artículo, a igual que su fuente, extiende su tutela a todas las sociedades constituídas sobre bases personales, conforme con el principio rector de los contratos plurilaterales según el cual las alternaitvas particulares

de la suerte de un socio sólo determina la disolución de la sociedad, pero limitada en sus efectos en relación a dicho socio.
A diferencia del art. 419 de nuestro Código de Comercio por el que se dan 10 causas específicas de exclusión, el presente artículo enuncia una sola causa genérica y más de una causa específica.
La causa genérica es la de los graves incumplimientos de las obligaciones derivadas de la ley y del contrato social. El incumplimiento debe ser de mucha importancia por sus consecuencias, como el incumplimiento del aporte estipulado en el contrato. Ferri estima que deben excluírse del sistema del código la violación de las obligaciones que al socio incumben en su calidad de administrador, como el abuso de la firma social, la ausencia injustificada, el fraude en la administración, porque estos hechos son causa de revocación del mandato, pero no causa de exclusión (autor y opus cits. pág. 245 in fine).
Causas específicas son la incapacidad sobrevenida al socio por interdicción o inhabilitación por condena para el desempeño de funciones públicas, aunque sea temporal; la imposibilidad sobrevenida al socio para cumplir la prestación de aporte a que se obligó, por causa no imputable a él, esto es en el caso de concesión de bienes de goce o de obra; el perecimiento de la cosa debida á causa no imputable a los administradores; el perecimiento de la cosa prometida en propiedad antes de que ésta haya sido adquirida por la sociedad.
Las causas de exclusión no producen sus efectos automáticamente, sino por deliberación de los otros socios o sea cuando la sociedad lo decida. Esta debe quedar disuelta respecto del socio excluído y continuar respecto de los otros que quedan.
SI el poder de administrar es inherente a la calidad de socio, la exclusión de éste le destituye de sus poderes de administrador.
SI el poder de administrar es atribuído al socio, sea solo o conjuntamente con otro, en el contrato social, conservará aquél su poder de administrar, aun cuando por efecto de su exclusión, haya perdido su calidad de socio, como está dispuesto por nuestro art. 1602.

Art. 1615. — La exclusión debe ser decidida por la mayoría de los socios, no computándose en el número de éstos el socio que va a ser excluído, y tiene efecto transcurridos treinta días desde la fecha de la comunicación al socio eliminado.

Dentro de ese término, el socio excluído puede formular oposición ante el juez, el cual puede suspender la ejecución.

Si la sociedad se compone de dos socios, la exclusión de uno de ellos será pronunciada por el juez, a petición del otro.

Ver: art. 2287 C. Italiano. Sin antecedente en la legislación civil italiana. El art. 420 de nuestro Código de Comercio que trata de los efectos de la exclusión de un socio, nada dice acerca del procedimiento que debe observarse para expulsar al socio. Al favor de una omisión análoga del C. italiano de comercio, la cuestión de saber si la exclusión de un socio es efecto de una manifestación de voluntad de la sociedad o el de una sentencia constitutiva, suscitó una apasionante controversia de los doctrinadores del Derecho Privado. Los que consideraban la exclusión como un equivalente de la resolución del contrato por incumplimiento, estimaban necesaria la sentencia y concedían la acción al socio en particular. Los que, por el contrario, consideraban la exclusión como un medio de defensa social, juzgaban que sólo a la sociedad le pertenecía el derecho de excluir y admitían que la exclusión fuese el efecto de una deliberación de la asamblea.
Mas los compiladores del Código de 1942 cortaron la discusión por una resolución expresa del problema, siquiera adoptando dos sistemas distintos: el 1º de ser una manifestación de la voluntad de la mayoría de los socios, cuando éstos son más de dos; y 2º el de ser el efecto de una sentencia, cuando la sociedad sólo se compone de dos socios. Esta última decisión mira a impedir que el socio que expulsa al otro reconstituya la sociedad o la liquide y así logre una modificación profunda de la sociedad antes de que jurídicamente sea declarada la existencia de la causal de expulsión. En la sociedad de más de dos socios, una vez deliberada la exclusión; la sociedad continúa entre los que la decidieron, y el excluído, si la exclusión ha sido arbitraria, puede retomar su puesto.
Por vía de tutela al excluído, la ley admite que en el primer supuesto pueda él formular su oposición a la decisión de la mayoría, y en el segundo, preventivamente, en el juicio instaurado con el juicio de exclusión. En la primera hipótesis el juez no pronuncia la exclusión; sólo verifica si la deliberación fue hecha con mayoría de votos y si se ha cumplido la condición a la cual la ley o el contrato subordina la expulsión. En la segunda hipótesis, el juez, probada la existencia de la condición requerida por la ley, decreta la exclusión. Esta sentencia produce todos sus efectos desde que pasa en autoridad de cosa juzgada, pero con efectos retroactivos al día de la demanda. La decisión de la mayoría, en cambio, es eficaz desde el momento en que la deliberación lo sea o sea transcurridos treinta días desde su notificación al excluído. Este plazo le es concedido para formular su oposición ante el juez. Esta oposición no suspende la exclusión, si el juez no se aviene a admitirla. El juez puede rechazar la oposición o puede admitirla. En esta última hipótesis el excluído es prácticamente restituído a la sociedad, con efecto ex tunc (ver E. Ferri, opus cit. pág. 250 y ss.).

Art. 1616. — El socio declarado en quiebra queda de derecho excluído. E igualmente queda excluído de derecho el socio cuya cuota ha sido liquidada a petición de un acreedor particular.

Ver: art. 2288 C. italiano; 419 inc. 9º, y 1449 C. de Comercio paraguayo. Produciendo la declaración de quiebra el efecto de inhabilitar al fallido para administrar sus bienes, es que ella está implícitamente admitida, como causa de exclusión de un socio, por el art. 419 inc. 9º de nuestro Código de Comercio, pero no de pleno derecho, sino por efecto de la rescisión parcial del contrato y siempre que no se modifique la razón social.
Al lado de las causas de exclusión contempladas en el art. 1615 la ley estatuye la declaración de quiebra y la liquidación de la cuota social a instancia de uno de los acreedores particulares del socio.
Las causas del art. 1614 sólo producen efecto cuando los otros socios lo quieren y la decisión de la mayoría es notificada al excluído, al paso que la causa contemplada en el presente artículo produce efectos de pleno derecho por el sólo hecho de verificarse la falancia prevista como causa de exclusión, con prescindencia de toda manifestación de voluntad contraria de los demás socios.
Esta decisión consulta no sólo el interés de los socios sino también el de los terceros, siquiera Ferri juzgue que a su parecer la justificación de los efectos de la quiebra o de la liquidación de la cuota del socio excluído no debe atribuirse a razones de conveniencia, como a razones de caracter lógico atinentes a la esencia misma de la sociedad.

Nuestro artículo confirma o robustece el principio según el cual la aportación de cuota es esencial, tanto que sin ella no podría haber en el momento inicial participación posible del socio omiso en hacerlo. Por la misma razón no puede el socio continuar en la sociedad si por liquidación de su cuota a demanda de uno de sus acreedores particulares o por su falencia no sólo viniese a menos su aporte, sino que además no fuese posible su sustitución. Ver también; art. 110 parág. 3º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 577 C.F.S. de las Obligaciones.

Art. 1617. — En los casos en que la relación social se disuelve limitadamente a un socio, éste o sus herederos tienen derecho solamente a una suma de dinero que represente el valor de la cuota.

La liquidación de la cuota se hace sobre la base de la situación patrimonial de la sociedad en el día en que se verifica la disolución.

Si existen operaciones en curso, el socio o sus herederos participan en las utilidades y en las pérdidas inherentes a dichas operaciones.

Salvo lo dispuesto en el art. 1602, el pago de la cuota correspondiente al socio debe hacerse dentro de los seis meses computados desde el día en que se verifica la disolución de las relaciones.

Ver: art. 2289 C. italiano; 1742 C. argentino; 3230 del Esboço de T. de Freita; 2053 del Anteproyecto de Bibiloni; 1245 del Proyecto argentino de 1936; art. 111 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 420 de nuestro C. de Comercio.

Cualquiera sea la causa de disolución del pacto social limitada a un socio, el socio excluído, ni sus herederos tienen derecho a la restitución del bien por él aportado y transferido en propiedad, sino sólo a una suma de dinero que represente el valor de su cuota.

Si el aporte ha consistido en solo el uso o goce de una cosa, tampoco se admite que el excluído o sus herederos puedan exigir la restitución del bien. Si la sociedad se ha constituído por tiempo determinado, podrá ella conservar el uso o goce de la cosa por todo el tiempo de su duración, al cabo de la cual le corresponderá sólo su valor. Este valor puede ser negativo, si al liquidarlo se comprobase pérdida o sea que el pasivo es superior al activo. Caso es éste en que no podrá hacerse pago alguno al excluído. Mas se suscita la cuestión de saber si, no obstante puede el socio excluído ó sus herederos ser obligados á responder de su cuota en la pérdida. En Italia, sostiene F. Ferreira que quedando el socio excluído o los herederos del socio difunto responsables ante los acreedores sociales, no se puede exigirles entrega de dinero para cubrir la pérdida (autor cit. **Imprenditori e Società**, pág. 109, nota 26). Mas Graziani, por el contrario, sostiene que aun en esta hipótesis debe aplicarse el parágrafo 2º del art. 1608 del presente Código (que es exactamente el 2280 del C. italiano) (ver autor cit. **Diritto delle società**, pág. 76, in E. Ferri, opus cit. pág. 262).

Ferri comparte esta opinión, al decir que no debe confundirse la responsabilidad respecto de terceros con la obligación de soportar en la misma medida las pérdidas, en el momento de la disolución de la relación social. Tal es la doctrina consagrada por el art. 420 de nuestro C. de Comercio.

La liquidación de la cuota se hace sobre la base de la situación patrimonial de la sociedad en el día en que se verifica la disolución de la relación social.

Debe procederse a una estimación del patrimonio social en dicha fecha con prescindencia del valor que se le hubiese atribuído en el último balance o balance del último ejercicio. A cada bien se le debe atribuir su valor real y no el que resulte de la contabilidad.

El momento de la liquidación, distinto en cada caso singular, coincide con la fecha de la muerte del socio o con el de la rescisión del contrato o con el momento en que la exclusión produce sus efectos.

Si en el momento de la rescisión parcial del contrato existen operaciones pendientes, el socio o sus herederos participan de las utilidades y de las pérdidas.

Así también lo estatuye el inc. 2º del art. 1742 del C. argentino.

Siendo así, será necesario que la situación patrimonial establecida en el momento de la rescisión parcial del contrato, sea modificada en relación con los resultados positivos o negativos del negocio. Operaciones pendientes o en curso son no sólo aquellas que están en ejecución en el momento de la rescisión, sino también aquellas que deben considerarse como la consecuencia necesaria e inevitable de relaciones jurídicas preexistentes.

El pago de la cuota correspondiente al socio excluído debe hacerse dentro de los seis meses computados desde el día en que la disolución tuvo lugar.

El contrato social puede establecer un criterio distinto al del artículo sub-examen, como por ejemplo que el valor de la cuota del socio excluído se determine sobre la base del último balance o que la determinen arbitradores; que el socio excluído no tenga participación alguna en las operaciones en curso; que el pago de la cuota deba hacerse en un plazo más breve que el fijado por la ley.

Dado que en tales casos sólo están en juego intereses privados, puede ejercerse con la mayor libertad la autonomía de la voluntad.

Art. 1618. — En los casos en que la relación social se resuelve limitadamente a un socio, éste o sus herederos son responsables frente a los terceros por las obligaciones sociales hasta el día en que se verifica la disolución.

La disolución se debe llevar a conocimiento de los terceros por medios idóneos; en su defecto no podrá ser opuesta a los terceros que sin culpa suya la han ignorado.

Ver: art. 2290 C. italiano: 421 de nuestro C. de Comercio; 1742 inc. 5º C. argentino; 111 inc. III) y IV) parág. 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

La salida del socio, dice Ferri, no disminuye la responsabilidad ó la de sus herederos por las obligaciones sociales anteriores a la rescisión del pacto social a su respecto. La liquidación de la cuota constituye un hecho interno entre la sociedad y el socio y por consiguiente no puede efectuar la posición jurídica del excluído en relación a los acreedores sociales. Este o sus herederos, aunque nada deban a la sociedad, quedan expuestos a la acción de los acreedores sociales por las obligaciones contraídas durante el período de su participación en la sociedad. Los acreedores sociales no pueden ser privados de una garantía por efecto de una operación realizada sin su intervención.

Importando la salida del socio una modificación del contrato social que tiene su influencia en sus

relaciones con terceros, debe ser llevada a conocimiento de éstos por medios idóneos. Esta diligencia es exigida aun respecto de la sociedad simple para la cual no se ha previsto un sistema de publicidad legal, disponiéndose que en el caso contrario, o sea de su omisión, la rescisión parcial del contrato no podrá oponerse a los terceros que sin su culpa la han ignorado.
Por la misma razón la responsabilidad del socio excluído subsiste aun respecto de las obligaciones sociales contraídas posteriormente a la rescisión del contrato, si esta rescisión no se ha dado a conocer de los terceros por medios idóneos. Así lo decide el inc. 4º del art. 1742 del C. argentino. No es pues, una novedad de nuestro derecho.

TITULO XXV

DE LAS SOCIEDADES COLECTIVAS

Art. 1619 — Sociedad colectiva es la que forman dos o más personas, ilimitada y solidariamente responsables por las obligaciones sociales.
El pacto en contrario no producirá efecto respecto de terceros.

Ver: art. 2291 C. italiano; 301 y 304 de nuestro C. de Comercio; 20 C. francés de Comercio; 76 inc. 1º C. italiano de Comercio; 552 C.F.S. de las Obligaciones; 105 C. alemán de Comercio; 153 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 127 del Código español de Comercio.
Los compiladores de las obras legislativas de nuestros días han abandonado la noción tradicional de la sociedad colectiva que, según los arts. 20 del Código francés de comercio; 76 inc. 1º del idem italiano y 552 del C.F.S. de las Obligaciones, se constituyen para realizar actos de comercio bajo una razón social, con la peculiaridad de que las obligaciones sociales son subsidiariamente garantizadas po rla responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, definición casi literalmente trasegada al art. 301 de nuestro C. de Comercio.
Los compiladores del C. italiano de 1942, acaso inspirados en el parágrafo 3º del art. 552 del C.F.S. de las Obligaciones, estimaron que, al proceder a la unificación interna del Derecho privado dentro del Código civil, no hacía falta limitar el concepto de la sociedad colectiva al único fin de realizar el comercio, pues, nada obsta a que dos o más personas se asocien colectivamente para realizar actos económicos no comerciales, como por ejemplo para recoger o acopiar productos naturales y venderlos (minas, pozos artesianos, establecimientos de horticultura, lecherías, queserías, etc.); explotar empresas que requieran conocimientos especiales, como farmacia, sanatorios, laboratorios químicos, imprentas, establecimientos de edición; o empresas destinadas a la compra de comestibles o bebidas que han de ser debitados a los clientes de sus estoblecimentos, como ser hoteles, posadas o mesones, sanatorios, etc. (ver in Bachmann, Siegmund, Goetzinger y Zeller, Commentaire du Code Federal des Obligations, t. II, pág. 32). Negocios son éstos de fines económicos.
Ocioso es que, por mucho que la disciplina de la sociedad colectiva sea hoy materia del Código Civil, no hay impedimento alguno a su constitución para fines comerciales, como la compra y venta de cosas diversas con mira a la obtención de un lucro, sea al por mayor o al menudeo; o negocios de comisión o corretaje; operaciones de cambio o de bolsa, seguros, etc.
Siendo así como lo es, queda explicado el presente artículo, reproducción casi literal del art. 2291 del C. italiano, por el que, con las salvedades que antecedon, se conservan los caracteres tradicionales de la sociedad colectiva: la ilimitación y solidaridad subsidiaria de los socios por las obligaciones sociales, y su organización sobre bases esencialmente personales. Mas como quiera que por el art. 1592 del presente Código también responden personal y solidariamente por las obligaciones sociales de la Sociedad Simple los socios que han obrado en nombre y por cuenta de ella, se impone la necesidad de agregar otros caracteres propios de la sociedad colectiva, y estos son, como se verá más adelante: 1º) la razón social y 2º) su inscripción, requisitos ambos no exigidos respecto de la Sociedad Simple.
De esta suerte, la sociedad colectiva podría subsistir en el campo de la actividad no comercial sólo si se constituye regularmente. Una sociedad de hecho o irregular que tuviese por objeto el ejercicio de actividades no comerciales sería una sociedad simple y no una sociedad colectiva irregular.
Sobre la base de las consideraciones precedentes, la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios por las obligaciones sociales es esencial, aun contra su expresa voluntad. En el orden interno pueden pueden éstos estipular una distinta distribución de esa responsabilidad, pero no con efecto respecto de terceros aun cuando éstos tengan conocimiento de ello.
La responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios subsiste por todas las obligaciones sociales, incluso de aquellas que fuesen anteriores a la entrada o incorporación del socio en la sociedad, y permanece aun después de la exclusión del socio por las obligaciones contraídas anteriormente, como también después de la extinción de la sociedad por las obligaciones que no fueron extinguidas durante su liquidación.
Puede la sociedad colectiva constituirse entre una sociedad por acciones y una sociedad de responsabilidad limitada y en general entre personas jurídicas o con la participación de personas jurídicas.
Dada la limitación de la responsabilidad del accionista de una sociedad anónima, se dudó que tal género de sociedad colectiva pudiese constituirse, mas contra el parecer de Bonfante y Sraffa sostienen la afirmativa Ascarelli, Salandra, Rocchi y Ferri, según los cuales provenía aquella duda de la confusión entre la posición del socio con la de la sociedad, obligada él ilimitadamente con todo su patrimonio por las obligaciones contraídas por la sociedad. Agregan estos autores que tampoco puede excluírse la admisibilidad de una sociedad colectiva entre personas jurídicas a pretexto de que tradicionalmente este tipo de sociedad es característico de la persona física y que su organización y estructura, esencialmente fundada en la colaboración personal, repugna a la participación de una persona jurídica. La tradición no puede prohibir la participación de una persona jurídica en la sociedad colectiva, cuando ninguna disposición legal existe que la incapacite para ello (ver autor y opus cits. pág. 267 y ss.; Grandi, Relazione del Ministro Guardasigilli, Nº 938, pág. 635; Messineo, opus cit. t. V, parág. 151, Nº 3, pág. 328).

Art. 1620. — La sociedad colectiva actúa bajo una razón social constituída con el nombre de uno o varios de los socios, con indicación de la relación social.
La sociedad puede conservar en la razón social el nombre del socio

separado o fallecido, si el socio separado o los herederos del socio difunto consienten en ello.

Ver: art. 2292 C. italiano; 303 de nuestro C. de Comercio; 21 y 22 C. francés de comercio; 77 C. italiano de comercio; 552 y 869 C.F.S. de las Obligaciones 154 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 19 C. alemán de comercio.

La razón social (**Gemeinsame Firma**) es para la sociedad colectiva lo que la firma individual es para el empresario singular, por lo que Messineo juzga que también se la puede llamar "**denominación social**". Con el objeto de subrayar a la consideración de los terceros el carácter personal de la sociedad colectiva, exige la ley que en la razón social aparezca el nombre de pila y apellido de uno o varios de los socios, con indicación de la relación social, por la agregación a dichos nombres de expresiones connotativas de su naturaleza, como por ejemplo: "y compañía", o bien "Hijos", o "Hermanos".

Como reza el art. 303 de nuestro Código de Comercio "La razón social equivale plenamente a la firma de cada uno de los socios. Los obliga a todos, como si todos hubieran efectivamente firmado".

Es propio de esta clase de sociedad que si todos los socios firman individualmente una obligación, quedan sólidamente obligados, como si lo hubieran hecho bajo una razón social.

Una innovación muy importante en relación al art. 303 de nuestro C. de Comercio, lo mismo que respecto del art. 77 del C. italiano de Comercio, es la posibilidad de que en la razón social de una sociedad colectiva se conserve el nombre de un socio retirado o separado o de un socio difunto, siempre que en ello consienta personalmente el primero, o lo admitan los herederos del difunto.

Esta excepción al principio consagrado por el parágrafo 1º de nuestro artículo no se justifica sino porque la conservación de un socio ya separado o de un socio fallecido sirva a atraer la confianza de los terceros a una entidad fundada por ellos, con el objeto de poner en buen camino los negocios sociales.

Si en violación del presente artículo los fundadores de una sociedad colectiva la denominasen bajo una razón social irregular, debe el Encargado del Registro negarse a inscribir el acto constitutivo. Es la única sanción aconsejada por la doctrina.

Art. 1621. — Las sociedades colectivas se rigen por las normas del presente Capítulo y, supletoriamente por las normas del Capítulo anterior.

Ver: art. 2293 C. italiano. No mirando las disposiciones del presente Capítulo sino a la regulación de los aspectos típicos de la sociedad colectiva, se la considera fragmentarias, razón por la cual se admite que siendo de carácter general la disciplina de las sociedades simples, supla ella lo que falte de este Capítulo.

Art. 1622. — La participación de un incapaz en la sociedad colectiva está subordinada en todo caso a la observancia de los arts. 197, 416 a 445, 471 a 482 y 491 a 496.

Ver: art. 2294 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior. Viene este precepto a decidir la controversia doctrinal a que con anterioridad al Código de 1942 se prestaba la hipótesis de la eventual participación de un incapaz en la sociedad colectiva, sobre todo cuando ésta podía constituirse para ejercer el comercio. Sabido es que por fallecimiento de un socio de la sociedad colectiva, pueden sus herederos ser admitidos en la sociedad a substituir a su causante, si así lo deciden los supérstite, como está dispuesto por el art. 1612. Mas dado que todo socio de una sociedad colectiva responde ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales, se alzaron voces que, por tener el incapaz que ejercer el comercio, exigían que en tal hipótesis se aplicasen los preceptos del Código de Comercio relativos a la autorización a que se subordina el ejercicio del comercio por los menores de edad, como los arts. 10 a 12 de nuestro C. de Comercio.

En contradicción de este punto de vista se arguyó que dotada, como está, de personalidad jurídica la sociedad colectiva, quedaba excluída la calidad de comerciante del socio ilimitadamente responsable. Adicta la jurisprudencia a este argumento, negó la necesidad de la autorización en el caso de los menores.

El Código italiano de 1942 puso fin a esta controversia doctrinal al permitir la participación de un incapaz en la sociedad colectiva. Mas como por aplicación de nuestro art. 1622 la sociedad colectiva no se constituye para ejercer exclusivamente el comercio, tanto que puede también constituirse para realizar actos meramente económicos, pero no comerciales, viene dispuesto por nuestro art. 1622 que la participación del incapaz está subordinada en todo caso a la observancia de los preceptos reguladores de la administración del patrimonio del incapaz por sus padres, tutores o curadores, bajo la supervisión del juez de la tutela.

Juzga Ferri dudoso que los menores no emancipados, los interdictos e inhabilitados puedan, fuera de la hipótesis venir por derecho hereditario a integrar una sociedad colectiva, constituir ex novo una sociedad de esta naturaleza, aunque sea con autorización judicial.

También es dudoso, agrega nuestro autor, que la autorización sea necesaria cuando la incapacidad sobrevenga a la participación en la sociedad. Ferri la niega, porque la incapacidad sobreviniente es causa de exclusión facultativa del socio, de conformidad con nuestro art. 1614.

Una dificultad puede surgir cuando por el pacto social se hubiese estipulado que en caso de fallecimiento de un socio continuará la sociedad con sus herederos, sobre todo si éstos son menores. Caso es éste en que la participación del incapaz en la sociedad no sería solo un derecho, sino además una obligación. Mas como quiera que la obligación contraída por los socios supérstites no eliminaría la incapacidad del menor de edad, mal podría éste participar de la sociedad sin la autorización del juez de la tutela, que por cierto es de orden público.

La participación de un incapaz sin la autorización judicial sería anulable pero sólo en relación a él. La invalidez de la participación podría ser sanada por la ratificación del menor una vez llegado a la mayoría de edad (ver Ferri, opus cit. pág. 277 y ss.,; Messineo, t. V, parág. 151, Nº 4, pág. 330).

Art. 1623. — El acto constitutivo de la sociedad debe indicar:

1) el nombre y apellido y domicilio de los socios y de sus respectivos padres; y si fuese una persona jurídica, su denominación y sede;

2) la razón social;

3) los socios que tienen la administración y la representación de la sociedad;

4) La sede de la sociedad y de sus sucursales;

5) el objeto de la sociedad;

6) las aportaciones de cada socio, el valor atribuído a ellas y el modo de su valoración;

7) las prestaciones a que están obligados los socios de obra;

8) las normas según las cuales se deben distribuir las utilidades y la cuota de cada socio en las utilidades y en las pérdidas;

9) la duración de la sociedad.

Ver: art. 2295 C. italiano; 88 del C. italiano de comercio; 553 C.F.S. de las Obligaciones; 106 C. aleman de comercio. Sin antecedente en nuestro Código de comercio, ni en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Dado que el acto constitutivo, entendiendo por tal el instrumento de que consta la formación de la sociedad, debe ser firmado, ocioso es que para que pueda suscribírselo, sea menester que conste por escrito. La ley no requiere la scritura pública. Pueden las partes formalizarlo bajo firma privada, conforme con el principio de la libertad de formas.

Nada se justifica tanto como la existencia del nombre y apellido de los socios, y de sus respectivos padres, y su domicilio, con mira a la individualización de cada uno, dada la importancia que en la organización social y para el ejercicio de una actividad económica reviste la absoluta precisión de las personas que forman una sociedad cuyos componentes están ilimitada y solidariamente llamados a responder subsidiariamente de las obligaciones sociales.

Omitimos el requisito de la nacionalidad de cada socio, porque por nuestro derecho ella no ejerce influencia alguna sobre la capacidad de las personas. Los derechos civiles son, entre nosotros, conferidos a las personas visibles independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política.

Mas atentos a una observación de Enrico Ferri agregamos, respecto de las personas jurídicas, el requisito de su denominación y su sede, omitido por el Código italiano, sin embargo de estar admitido por él que una sociedad colectiva pueda ser constituida entre personas jurídicas o entre una persona jurídica y personas físicas.

La razón social es esencial porque, como reza el art. 303 de nuestro C. de Comercio, equivale a la firma de cada uno de los socios. Si, pues, ella faltase o fuese omitida en el acto constitutivo, la sociedad sería irregular y autorizaría al oficial público encargado del respectivo Registro a negarle su inscripción.

El nombramiento de los socios que tienen a su cargo la administración y la representación de la sociedad, mira más al interés de la sociedad, que al de los terceros, porque su omisión importaría, por aplicación supletiva de la ley, que cada uno de los socios es administrador y representante con facultad de obrar solo, sin dependencia de los otros.

La sede es respecto de las sociedades lo que el domicilio es para las personas físicas. Por aplicación analógica de nuestro art. 109, es el lugar donde su dirección o administración principal tiene su asiento, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. La sede de la sociedad debe ser declarada en el acto constitutivo a fin de determinar la competencia del oficial encargado del registro. Si la sede es ficticia, se denegará la inscripción del contrato social. Las sucursales tienen su asiento en el lugar donde se hallen establecidas.

Si por tener la sociedad su principal establecimento en lugar distinto al de su sede declarada en el contrato social, no podrá oponer a terceros la falta de coincidencia, porque para los terceros la sede declarada de que se tomó razón en el Registro prevalece sobre la sede del principal establecimiento de la sociedad.

La declaración del objeto de la sociedad o sea de la actividad económica que ella se propone realizar mira al interés de los propios socios, en el orden interno, para la determinación del vínculo social, y también de los terceros, como elemento de determinación de los poderes de los órganos sociales.

La ley no exige la declaración del capital de la sociedad colectiva, sino sólo el aporte de cada socio, el valor que se le atribuye y el modo de valorarla, porque con tales datos podrán los terceros conocer el conjunto de bienes destinados al desarrollo de la actividad social y saber si su valoración procede del acuerdo de los socios, sea conforme con el precio corriente o el fijado mediante pericia.

La declaración de las aportaciones de los socios de obra, es novedad del C. italiano de 1942, porque ellas pueden estar constituídas por dinero, o por bienes distintos del dinero, como son los bienes aportados en propiedad o en uso, los derechos de crédito, y las prestaciones personales del socio, o socio de servicios o de trabajo. Prestaciones son éstas que no deben confundirse con la actividad de los socios en general, prometida en razón de la naturaleza esencialmente personal de la sociedad colectiva. Las prestaciones de obra o de servicio revisten carácter técnico. Deben ellas establecerse separadamente de las aportaciones en dinero.

No ha faltado autor que negase la posibilidad de constituir una sociedad colectiva de sólo socios de obra, servicios o industria. Mas Ferri la juzga plenamente posible, caso en el cual faltará en el acto constitutivo la indicación de los aportes de bienes (autor y opus cits. pág. 291).

Las normas según las cuales se deben distribuir las utilidades y la cuota de cada socio en ellas y en las pérdidas, sólo miran al interés de los socios en su relaciones internas y al de sus acreedores personales, pero no al de los terceros o acreedores sociales. Su omisión en el acto constitutivo no lo viciaría de irregularidad desde que a falta de una declaración relativa a tales puntos se aplican las reglas legales.

Finalmente la declaración de la duración es necesaria para la regularidad de la sociedad colectiva y de la sociedad simple, por oposición a la sociedad simple, no subordinada en su existencia a este requisito. Su omisión autorizaría la denegación de inscripción.

Art. 1624. — El acto constitutivo de la sociedad, con firma autenticada de los contratantes, o una copia auténtica del mismo si la estipulación ha tenido lugar en escritura pública, debe ser presentado por los administradores dentro de los treinta días de su otorgamiento para su inscripción en el Registro de las empresas.

Si los administradores no presentan el acto constitutivo para su inscripción en el término fijado en el apartado anterior, cada socio podrá presentarlo a costa de la sociedad, o hacer condenar a los administradores a presentarlo.

Si el contrato ha sido otorgado en escritura pública, su toma de razón será igualmente obligación del Escribano autorizante.

Ver: art. 2296 C. italiano; 291 de nuestro C. de Comercio; 90 del C. italiano de comercio; 553 C.F.S. de las Obligaciones; 106 C. alemán de comercio; 8 a 11 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Harto se sabe a lo que responde la institución del Registro de los actos privados y públicos, como la constitución de una sociedad colectiva. Mira ella a la publicación del acto respecto de terceros a fin de que éstos no se llamen a engaño o simulen ignorar su nacimiento, las modificaciones del acto constituvo, los poderes de sus administradores, el aporte de los socios, la duración de la sociedad etc.

La inscripción se practica en el presente caso a petición del o de los administradores, y si el contrato hubiese sido autorizado por Escribano público, será también de cargo de éste la presentación de una copia auténtica del pacto social al Registro de Empresas.

Efectuado el registro, produce el efecto de la oponibilidad del acto constitutivo a los terceros; y, ante todo, de la razón social, que pone de relieve su tipo; el caracter subsidiario de la responsabilidad de los socios y la prohibición de toda acción de parte de los acreedores personales del socio.

Si el registro no ha sido pedido, la sociedad colectiva es irregular.

De ello se deduce, dice a este propósito Messineo, que en cuanto a la sociedad colectiva, la publicidad tiene función declarativa y no constitutiva, en cuanto no impide el nacimiento de la sociedad, aunque sea como irregular (ver autor y opus cits. t. V, parág. 151, Nº 15, a), pág. 342).

En discordancia con esta doctrina, estatuye el art. 11 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades que: "Con la inscripción en el Registro Público de Comercio la sociedad adquiere la personalidad jurídica", criterio que no compartimos, pues, reproduciéndose en los arts. 62 y 63 de dicho Anteproyecto los art. 1711 y 1712 del C. argentino, habrían sus compiladores incurrido en el error de atribuir función constitutiva, no al hecho de la asociación de dos o más personas para un fin social determinado, sino a su inscripción en el Registro, cuando la exigencia de la inscripción, tratándose de la sociedad colectiva, como paso o trámite posterior al acto constitutivo, es porque la sociedad ha nacido sólo por efecto de la asociación de personas, independientemente de su inscripción o de la toma de razón del pacto social, instituída para su publicidad respecto de terceros.

A esta contradicción conduce el haber proveído el citado Anteproyecto todo lo relativo a la forma y prueba, a la documentación y la contabilidad, a la transformación, la fusión, etc., de las sociedades en general, sin distinguir, como en el Código Federal suizo de las Obligaciones y el Código civil italiano de 1942, la disciplina de las sociedes simples de la de las sociedades de tipo especial, como la colectiva, la sociedad en comandita simple, las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidades limitada, cada una con un estatuto legal propio.

Tal es una de las razones por la que nos limitamos a establecer concordancias de los preceptos del presente Código, ceñido al modelo italiano, con los del mencionado Anteproyecto, privándonos de la ocasión de consagrar un derecho uniforme con la legislación argentina relativas a las sociedades en general.

Art. 1625. — Mientras la sociedad no se haya inscrito en el registro de las empresas, las relaciones de la sociedad con los terceros se regularán por las disposiciones relativas a la sociedad simple, sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios.

No obstante, se presume que cada socio que actúa por la sociedad inviste la representación social, incluso en juicio.

Los pactos que atribuyan la representación a sólo alguno de los socios o que limiten los poderes de representación no pueden ser opuestos a terceros, a menos que se pruebe que éstos estaban en conocimiento de ello.

Ver: art. 2297 C. italiano. Por omisión del registro, la sociedad colectiva deviene irregular, pero con subsistencia de la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, pues, la irregularidad no importa la invalidez del contrato.

No puede decirse, empero, que el problema de la irregularidad surja sólo en relación a un contrato válido. La nulidad o anulabilidad de una sociedad colectiva depende del vicio que la inficcione. Si se omitiese su inscripción, sería además, por inobservancia de esta formalidad, irregular Los efectos de la irregularidad no se eliminan por la invalidez del acto constitutivo.

La inscripción es así el elemento determinante de la regularidad.

La irregularidad puede ser inilcal o sobrevenida. Es lo primero cuando no se inscribe el acto constitutivo en el plazo de treinta días siguientes a su otorgamiento. Y es lo segundo, cuando habiéndoselo inscrito dentro del plazo legal, sea cancelada su inscripción por falta de la condición requerida por la ley, como por ejemplo, si por negligencia del oficial encargado del Registro se hubiere inscrito el contrato bajo firma privada sin la previa autenticación de dichas firmas.

Los efectos de la irregularidad contemplados por nuestro artículo son: 1º) en relación a los socios entre sí; y 2º) en relación a terceros.

En las relaciones internas, los socios siguen vinculados por el contrato. Si éste se ha estipulado por un tiempo determinado, los socios no pueden demandar su disolución antes del vencimiento del término. Si por el contrario la sociedad fue contratada por tiempo indeterminado, podrán los socios separarse de ella de conformidad con el art. 1613 de este Código.

En relación a los terceros subsiste la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, como es característico de la sociedad colectiva. Las relaciones con ellos se regulan por las disposiciones que disciplinan la sociedad simple, excepto en lo referente a la representación, como está dispuesto por el parágrafo 2º.

Viene de aquí las consecuencias siguientes:

a) La acción de los acreedores de la sociedad respecto del socio no se subordina en su ejercicio a la excusión del patrimonio social; pero puede ser paralizada por una excepción fundada en las condiciones contempladas en el art. 1613.

b) El acreedor particular del socio puede hacer valer sus derechos de conformidad con el art. 1599, con la posibilidad de demandar la liquidación de la cuota de su deudor.

La sociedad colectiva irregular se diferencia de la sociedad simple en su régimen de representación, como consecuencia del sistema de publicidad legal al que se halla sometido la primera y no la segunda.

La publicidad legal de la sociedad colectiva produce efectos positivos y negativos. Así, en el caso de su inscripción, los terceros no pueden alegar su ignorancia del reglamento contractual. Faltando la inscripción, los socios no pueden oponer a terceros las estipulaciones del contrato, a menos que demuestren o prueben que el tercero las conocía. Vine de aquí lo estatuído en el parágrafo 2º de nuestro artículo. En consecuencia, el tercero que trata con un socio de una sociedad irregular no está obligado a probar su poder de representación, como debe hacerlo tratándose de una sociedad simple.

La irregularidad cesa por la inscripción del contrato social en el registro de empresas, no sólo cuando tiene lugar en el plazo legal, sino también con posterioridad a su vencimiento. Si la sociedad ha actuado antes de la inscripción, su actividad será reglada por el artículo sub examen y si antes de

antes de dicha inscripción un acreedor particular del socio hubiere demandado la liquidación de su cuota de conformidad con el art. 1599, la sociedad no podría negarse a ello.
Nuestro artículo nada dispone acerca de la inscripción de la modificación del contrato de sociedad irregular. Mas supliendo esta omisión, la doctrina enseña:
a) que si la modificación se refiere al poder de representación, no podrá ella oponerse a los terceros que no la conocían;
b) si la modificación se refiere a la salida o exclusión de un socio, deberá ella ser llevada a conocimiento de las terceros por medios idóneos. En caso contrario, tampoco podrá oponersela a terceros que sin culpa la habían ignorado;
c) si la modificación importa la restitución del aporte ya cumplido o la liberación de cumplirla a favor de los que no lo han cumplido, podrán los acreedores sociales perjudicados podrán demandar su revocación por la acción pauliana siempre que concurran sus extremos;
d) si la modificación solo se refiere a las relaciones internas de los socios entre sí, no será necesaria ninguna inscripción, a menos que dicha modificación trascienda o se refleje fuera del ámbito interno de la sociedad, como por ejemplo si se modificasen los poderes de administración (G. Ferri, opus cit. pág. 297 y ss.). Ver además: art. 294 parág. 2º y 297 de nuestro C. de Comercio.

Art. 1626. — El administrador que tiene la representación de la sociedad puede llevar a cabo todos los actos que entran en el objeto social, salvo las limitaciones que resultan del acto constitutivo o del poder. Las limitaciones no son oponibles a los terceros, si no se inscriben en el registro de las empresas o si no se prueba que los terceros han tenido conocimiento de ellas.

Los administradores que tienen la representación social deben, dentro de los quince días a contar de la noticia del nombramiento, depositar su firma autógrafa en el registro de las empresas.

Ver: art. 2298 C. italiano; 1856 C. francés; 1266 C. portugués; 1692 y 1697 C. español; 561 C.F.S. de las Obligaciones; 126 y 127 C. alemán de comercio; 1663 C. C. holandés; 2838 C. de Luisiana; 1723 C. C. argentino; 1383 C. brasileño; 2077, 2078 y 2079 C. chileno; 2103 a 2105 C. colombiano; 2100 a 2102 C. ecuatoriano; 1222 C. boliviano; 1899 a 1901 C. uruguayo; 1665 C. venezolano; 1706 C. peruano; 1804 C. guatemalteco; 1212 y 1214 C. costarricense; 3253, 3256 y 3257 C. nicaraguense; 859 y 1860 C. hondureño; 4354 y 4355 C. de Puerto Rico; 3123 del Esboço de T. de Freitas; 548 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 554 y 555 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2004, 2007 y 2008 del Anteproyecto de Bibiloni; 1222 y 1223 del Proyecto argentino de 1936; 32 a 34 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Nuestro artículo, a igual que su fuente, sólo regula los efectos del poder de representación del administrador respecto de terceros, en cuanto le faculta a llevar a cabo todos los actos que entran en el objeto de la sociedad, salvo las limitaciones que resultan del acto constitutivo o del propio poder. Repite así lo estatuido en el parágrafo 2º del art. 1589 del presente Código.
La sociedad se vincula por el representante por actos cumplidos en su nombre y bajo la razón social. No falta quien en doctrina pretenda que los terceros pueden obrar igualmente contra la sociedad por los actos cumplidos por el administrador, siquiera sin la firma social, siempre que el acto de que se trata sea de los que entran en el objeto de la sociedad, por aplicación de normas análogas a la del art. 138 de nuestro Código de Comercio, según el cual: "Los contratos hechos por el factor de un establecimiento comercial, que notoriamente pertenezca a persona o sociedad conocida, se entienden celebrados por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo declarase al tiempo de celebrarlos, siempre que tales contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento, o si aún cuando sean de otra naturaleza, resulta que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos, o por hechos positivos que induzcan presunción legal". El art. 2208 parág. 2º del C. Italiano de 1942 así también lo estatuye, de donde viene que Giuseppe Ferri propenda a admitir la aplicabilidad de esta norma dado que puede inferirse en esta hipótesis la contemplatio domini en la inherencia del acto con la empresa social
Agrega nuestro autor que la sociedad se vincula por la actividad del administrador y representante no sólo por su actividad lícita, sino también por su actividad ilícita, siempre que esta actividad entre en el objeto social, como por ejemplo por los actos de competencia desleal, de imitación de marcas o de patentes en el ejercicio de la actividad social, casos en los cuales no puede negarse la responsabilidad de la sociedad, por dudoso que pueda parecer el fundamento de esta obligación, ya se trate de responsabilidad directa como enseñan los que sostienen la personalidad jurídica de la sociedad de personas, o de responsabilidad indirecta, basada en la relación de mandato.
En el derecho italiano la sociedad de personas, como la colectiva, carece de personalidad jurídica, no así en el nuestro, como lo estatuyen los arts. 1571, 1594 y 1595 del presente Código. La responsabilidad jurídica del ente autónomo que es la sociedad, no excluye su acción reversiva contra el gerente causante del hecho ilícito, a tenor de lo dispuesto por los arts. 89, 90 y 93 dl presente Código.
La limitación de los poderes de representación del administrador no suscita otro problema que el de saber hasta dónde puede ella llegar.
En principio, la generalidad de la representación no puede ser anulada por limitaciones establecidas en el mismo instrumento de la procuración o mandato, porque, como se ha dicho, sería absurdo conferir a una persona una función dada y negarle al mismo tiempo los medios de cumplirla. Viene de aquí admitido que dichas limitaciones sólo puedan referirse a la modalidad del ejercicio de la representación respecto de actos singulares o de categorías de actos, pero sin llegar al extremo de atribuir al representante sólo el poder de cumplir actos singulares o determinados. Será así admisible que se prohiba al representante vender, o gravar de derechos reales los bienes raíces de la sociedad sin autorización expresa y por escrito de los otros socios; o de cumplir determinados actos a sola firma sin el concurso de los demás socios, etc., como por ejemplo cualquiera innovación sobre los inmuebles sociales, o toda modificación del objeto de la sociedad.
No hace falta agregar que para que estas limitaciones puedan oponerse a terceros debe el poder estar inscrito en el registro de empresas (Ferri, opus cit., pág. 304 y ss.).
Con la explicación que antecede se comprenderá que mal podríamos trasegar aquí el art. 1694 del C. Civil o el art. 2007 del Anteproyecto de Bibiloni, según el cual: "La administración de la sociedad se reputa un mandato general, que comprende los negocios ordinarios de ella, con todas sus consecuencias. Son negocios ordinarios aquellos para los cuales la ley no exige poderes especiales; todos los otros serán reputados extraordinarios".
Referida esta disposición a las sociedades civiles del Derecho tradicional, es sin duda conforme con los arts. 1459 y 1460 del presente Código, según los cuales "mandato general" y "meros actos de administración", son equivalentes e implican una limitación extensísima que reduciría a bien poca cosa los

poderes del administrador de una sociedad colectiva constituída para ejercer el comercio, necesitada como está, por la amplitud de los negocios mercantiles, de mayor holgura para el desempeño de sus funciones, como se infiere del artículo en examen y su fuente, concebida por los compiladores del Código italiano de 1942 con mira a satisfacer necesidades impuestas por el buen desarrollo de los negocios de una sociedad colectiva, y llenar así un claro de la legislación anterior. Explícase así que contemplando la misma necesidad, hayan estatuído los redactores del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades, por su art. 34, que: "A falta de las limitaciones a las que se refiere el artículo anterior, la extensión de los poderes de quienes representan o administran la sociedad, se determina por el objeto de la misma y por el fin para el cual fue creada, cualquiera sea la naturaleza de los actos de que se trate. Para no quedar obligada la sociedad por los actos de quienes la representan y administran se requiere que dichos actos sean notoriamente extraños al objeto de aquélla", a propósito del cual dicen sus compiladores que: "Al concluir en el Anteproyecto la solución opuesta (al art. 1694 del C. argentino) o sea que la de que el administrador tiene todos los poderes que requiere el desempeño de su función, salvo las limitaciones contractuales o estatutarias, es porque se ha considerado no razonable que, a no ser que le hubiera sido prohibido, no pudiera hacer novaciones, transigir, comprometer en árbitros, contraer préstamos, conceder quitas, comprar o vender inmuebles y demás actos previstos en el art. 1881 del Código Civil". (Ver: Nota de presentación, pág. 20).

Art. 1627. — Si la sociedad decidiese establecer sucursales o sedes secundarias con una representación estable, un extracto del acto constitutivo del que conste la oficina de registro en la cual está ella inscripta y la fecha de su inscripción, se depositará para su inscripción en la oficina de registro existente en el lugar, y en su defecto, en la misma oficina en que se hubiere inscrito el contrato social. Igualmente se depositará la firma autógrafa del representante propuesto para el ejercicio de dicha sede.

Ver: art. 2299 C. italiano; 92 del C. italiano de comercio abrogado; 294 de nuestro C. de Comercio. El presente artículo no es copia literal de su fuente, sino con modificaciones adecuadas a nuestra organización judicial centralizada hasta ahora y la incertidumbre de que en lo venidero se habiliten registros de empresa fuera de la capital.

Conferimos el mismo significado a "sucursal" y "sede secundaria". Expresión es ésta que, según Ferri, a quien seguimos en estas explicaciones, enuncia dos conceptos: 1º) la relación de dependencia económica o administrativa de la sede secundaria respecto de la principal; y 2º) la necesidad de una representación estable en la sucursal o sede secundaria que pueda concluir los negocios para los cuales fue ella habilitada, respecto de terceros; y una organización autónoma y una libertad de determinación y de decisión en el ejercicio de la actividad de dicha sede. (ver autor y opus cits. pág.) 310).

Art. 1628. — Los administradores deben pedir dentro del término de treinta días a la oficina del registro de empresas la inscripción de las modificaciones del acto constitutivo y de los otros hechos relativos a la sociedad, sometidos a inscripción obligatoria.

Si la modificación del acto constitutivo resulta de la decisión de todos los socios debe la escritura pública de que ella conste ser depositada en copia auténtica. Las modificaciones del acto constitutivo, mientras no sean inscritas, no son oponibles a terceros, a menos que se pruebe qu éstos estaban en conocimiento de ellas.

Ver: art. 2300 C. italiano; 100 C. italiano de comercio abrogado; 295 de nuestro C. de comercio; 24 del Anteproyecto argentino de Ley general de sociedades; 554 C.F.S. de las Obligaciones; 107 y 108 C. alemán de comercio.

El presente artículo modifica substancialmente lo estatuido por el art. 100 del Código italiano de comercio, ya abrogado, según el cual "la modificación del acto constitutivo o del estatuto, cualquiera sea la especie de sociedad, no produce efecto si no ha sido transcrito y publicado de conformidad con el art. 96", o sea por su inscripción en el Registro público de comercio. Decisión análoga es la del parágrafo 2º del art. 295 de nuestro Código de comercio, el cual preceptúa que: En caso de omisión (de la inscripción de la reforma del contrato social), no podrán los socios prevalecerse de ella (la reforma) ni entre sí, ni respecto de tercero".

La aplicación de estos preceptos fue controvertida en el campo de la doctrina. Sostenían unos que la modificación no publicada era absolutamente ineficaz y por consiguiente inepta para vincular a los socios con la sociedad y los terceros. Otros, en cambio, tratando de atenuar el rigor de la norma, atribuyeron eficacia jurídica a todo lo que, sobre la base de la modificación, se había cumplido.

Afirmaban éstos que la ineficacia de la modificación no publicada debía considerarse sólo relativa, es decir respecto de aquellos en cuyo interés era requerida la publicación, con la consiguiente posibilidad de su parte de renunciar a hacer valer la ineficacia, y dar así ejecución a la modificación.

Mas el Código italiano de 1942 invirtió directamente y sin rodeos el principio del art. 100 del Código de comercio, ya abrogado, y partiendo del principio opuesto de la eficacia meramente declarativa de la publicidad, dispone por su art. 2300 que la modificación del acto constitutivo, en tanto no sea inscrita, no es oponible a terceros. Se reconoció así que la modificación es perfecta y productiva de sus efectos jurídicos desde el momento de su celebración y desde que se ha cumplido el acto que la determina. Por consiguiente, si la modificación ha sido seguida de su inscripción en el registro, todo lo que se ha cumplido sobre la base de la modificación, es válido, porque siendo meramente declarativa la inscripción convalida la modificación con efecto retroactivo al día del acto. Si, pues, sobre la base de la modificación se hubiese contraído una obligación, debe ésta ser cumplida, sin que el deudor pueda substraerse a su cumplimiento por el sólo hecho de que la modificación no estaba inscrita. Siendo así, la modificación una vez celebrada, es eficaz en relación a la sociedad y a los socios, como también respecto de terceros. La inoponibilidad al tercero de la modificación no publicada, dice G. Ferri, salvo el caso de su conocimiento, no equivale a la ineficacia de la deliberación de los socios. Antetodo, la inoponibilidad sólo reza con las modificaciones de las que puede derivar un perjuicio al tercero (exclusión o salida de un socio de la sociedad, cambio en la persona del representante, cambio de la sede social), no aquellas de las cuales puede derivar una ventaja o provecho para él, como el aumento del capital social, la admisión de un nuevo socio, y las que, aun no publicadas, son eficaces respecto de tercero desde el momento de

la formalización de la deliberación de los socios y le autoriza a valerse de tales modificaciones. Al estatuir la ley la inoponibilidad de la modificación no publicada sólo quiere tutelar al tercero que la ignora, tanto que la inoponibilidad cesa desde el momento en que se prueba que el tercero tuvo conocimiento de la modificación. (Ferri, opus cit. pág. 312; Messineo, opus cit. t. V, parág. 151, Nº 18, pág. 347).

Art. 1629. — El socio, sin el consentimiento de los otros socios, no puede ejercer por cuenta propia o ajena una actividad en competencia con la de la sociedad, ni participar como socio ilimitadamente responsable en otra sociedad que le haga competencia.

El consentimiento se presume, si el ejercicio de la actividad o la participación en otra sociedad preexistía al contrato social, y los otros socios estaban en conocimiento de ello.

En caso de inobservancia de las disposiciones del primer apartado, la sociedad tendrá derecho al resarcimiento del daño, sin perjuicio de la aplicación del art. 1618.

Ver: art. 2301 C. italiano; 112 y 113 del Código italiano de comercio, abrogado; 309 de nuestro Código de Comercio; 558 C.F.S. de las Obligaciones; 112 C. alemán de comercio.
La prohibición de hacer competencia prescrita por el art. 309 de nuestro C. de Comercio se subordina a dos requisitos: 1º que la sociedad colectiva tenga determinado en su contrato el género de comercio en que haya de operar; 2º que ninguno de los socios pueda hacer operación mercantil que pertenezca a la clase de negocios de que se ocupa la compañía de que es miembro.
El artículo no agrega sanción alguna para el caso de contravención.
El artículo no agrega sanción alguna para el caso de contravención.
Mas el art. 553 del C.F.S. de las Obligaciones estatuye que: "Un socio no puede, sin el consentimiento de los otros socios, hacer, por su cuenta o por cuenta de un tercero, negocios de la misma naturaleza que los de la sociedad, ni interesarse como socio colectivo o comanditario, en una empresa similar".
Y siquiera este precepto tampoco establece sanción para el caso de contravención, es doctrina del derecho suizo que las infracciones a esta prohibición confieren a los otros socios el derecho de pedir la exclusión del socio culpable, a tenor del art. 576 del Código F. de las Obligaciones, y a demandarle por los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad y los beneficios de que ha sido privada (ver Schneider y Fick, opus cit. t. II, nota 5, pág. 39).
Análogos, en substancia, los arts. 112 y 113 del C. italiano de 1882, ya abrogado estimaban sus exégetas que el fundamento de la prohibición es la intención del legislador de impedir que el socio desleal se valga de su derecho de ingerencia en la administración de la sociedad para obtener noticias a favor de las cuales le sea dado hacerle, en provecho propio o de terceros, una competencia pérfida. Mas contemplados por el art. 2598 y ss., del Código civil italiano de 1942 los caracteres de la competencia desleal, sancionada por el art. 2599 con la prohibición de su continuación, con más los daños y perjuicios, juzgó Ferri que el fundamento actual de la prohibición es la ilicitud de la competencia desleal en sí misma, con prescindencia de cualquier vínculo contractual que pueda existir entre los empresarios concurrentes, y sin necesidad de particular consideración, sino en cuanto pueda relacionarse con la repercusión de su comportamiento sobre el vínculo social.
Por referencia a los límites de la prohibición destaca nuestro autor:
1º) que la prohibición rieza en relación a la actividad efectivamente ejercida por la sociedad y no en relación a la eventual actividad prevista como parte del objeto social, pero no ejercida efectivamente; y
2º) que, aunque en relación a la actividad ejercida, la prohibición subsiste en los límites en que una competencia es prácticamente posible. Por consiguiente, no es prohibido al socio ejercer una actividad del mismo género de la ejercida por la sociedad, sino únicamente de ejercer una actividad de tal modo que compita con la de la sociedad.
La prohibición subsiste aun respecto del socio que ejerce la administración o representación de otra sociedad competidora, porque no es posible distinguir la hipótesis en que el socio obra como representante de aquella en que obra como órgano. (Ferri, opus cit. pág. 317 y ss.).

Art. 1630. — Los administradores deben llevar los libros que una contabilidad ordenada y regular, adecuada a las características, naturaleza y dimensión de la sociedad, haga técnicamente indispensables, sin perjuicio de que también sean llevados los libros auxiliares que se desee. En principio, son obligatorios el de Inventario y Balances, el Diario y el Mayor.

Deben además conservar en relación a cada negocio, los originales de las cartas, de los telegramas y de las facturas recibidas, así como las copias de las cartas, de los telegramas y de las facturas que expida.

Ver: arts. 2302 y 2214 C. italiano; 67 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 43 a 51 de nuestro C. de comercio, siquiera estas disposiciones sólo se refieran a los comerciantes, pero no a la Sociedad colectiva, y como dicen los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades, "están muy lejos de responder a una reglamentación moderna y sistemática, más aún cuando la gestión de una sociedad implica la de intereses parcial o totalmente ajenos" (ver Nota de Presentación, pág. 26).
Nuestro artículo es trasunto combinado de los arts. 67 del citado Anteproyecto y 2302 y 2214 del Código italiano de 1942.
La obligación de tener libros de registro de su contabilidad impuesta por el art. 42 de nuestro C. de comercio a "todo comerciante", es exclusiva de esta calidad, como profesión habitual, que el art. 8º del C. italiano de comercio, reconocía a las sociedades comerciales, como la colectiva.
Mas como quiera que la sociedad colectiva disciplinada por el presente código (art. 1619), no es exclusiva del ejercicio del comercio, se impone respecto de las que se constituyen con este solo objeto la obligación de llevar libros ó registros de su contabilidad. Siendo así, esta obligación no viene impuesta en razón de la actividad ejercida por la sociedad, sino de la forma asumida por ella, como lo es respecto de la comandita, de la sociedad por acciones y de la sociedad de responsabilidad limitada.
Viene de aquí que si la obligación de llevar libros fuese solo impuesta en razón de la actividad comercial de una empresa, como es el criterio de nuestro Código de Comercio, hoy abandonado, la

sociedad colectiva constituida para ejercer actividades económicas, pero meramente civiles, y no comerciales, no estaría obligada a llevar registro de su contabilidad en los libros llamados necesarios. Siendo así, bastará que la sociedad sea colectiva, para que esté sometida a la observancia del presente artículo.
El art. 2214 del C. italiano solo exige dos libros: 1º) el libro diario: y 2º) el libro de inventarios, que por ser insuficientes, a juicio de los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, cuyo parecer compartimos, deben complementarse con los libros de Balance y el Mayor.

Art. 1631. — No puede darse lugar a distribución de sumas entre socios sino por utilidades líquidas y realizadas.

Si se verifica una pérdida del capital social, no puede distribuirse utilidades hasta que el capital no se haya reintegrado o se haya reducido en la medida correspondiente.

Ver: arts 2303 C. italiano; 60 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 117 inc. 3º y 181 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado.
Con mira a tutelar a los acreedores sociales quiere la ley que el fondo patrimonial constituído con los aportes de los socios permanezca íntegro durante la existencia de la sociedad y no sea restituído ni directa ni indirectamente a los socios, antes que los acreedores de la sociedad hayan sido satisfechos; o restituídos a escondidas de éstos.
Los aportes no pueden ser voluntariamente restituídos a los socios bajo la forma de utilidad ficticia, sea por voluntad de los socios, aun cuando resulte abundantísima, sino con la observancia de determinada modalidad.
Nuestro artículo prohibe que se menoscabe la integridad de los aportes mediante la repartición de sumas que no provengan de utilidades efectivamente obtenidas e impone a los socios la obligación de reintegrarlos, antes de hacer lugar a la repartición de utilidades, en el caso de haberse verificado pérdidas.
Con la presente disposición se extiende a las sociedades colectivas lo dispuesto por el art. 364 de nuestro Código de Comercio, análogo al art. 181 del código italiano de comercio de 1882, ya abrogado.
Bien dice a este propósito Giussepe Ferri que la percepción de utilidades inexistentes equivale a la restitución anticipada del aporte, razón por la cual es ineficaz. No verificándose en este caso la restitución del aporte de conformidad con nuestro art. 1631, el socio que percibe utilidades inexistentes viene a encontrarse en una situación análoga a la del socio que no ha efectuado íntegramente su aporte y está, por consiguiente, obligado a restituir, de la suma percibida, lo que falte para la integración de su aporte, sin que le sea dado oponer a la demanda de la sociedad su buena fe, aunque hubiese recibido la suma sobre la base de un balance debidamente aprobado. La ley prescinde del estado subjetivo del socio al tiempo de recibir la utilidad inexistente. Como se verá más adelante, rige un principio distinto para los accionistas de una sociedad por acciones, para los socios de una sociedad de responsabilidad limitada, y para los socios de una sociedad en comandita simple, los cuales no están obligados a restituir dichas utilidades si la percibieron de buena fe sobre la base de un balance debidamente aprobado porque dichos socios, por oposición al socio de una sociedad colectiva, no hacen parte de la administración de la sociedad y no pueden por consiguiente estimar la solidez patrimonial.
La obligación de restituir a que está sometido el socio, no exime a los administradores de su responsabilidad por la repartición ilegítima de la suma.
A la obligación del socio se agrega la responsabilidad de los adminstradores, y así, en tanto la de aquél es limitada a la restitución de la suma percibida, la de éstos es solidaria y abarca el monto entero repartido.
Al lado de la prohibición que acabamos de explicar, la ley pone la de repartir utilidades efectivamente obtenidas, si habiendo pérdidas, el capital no fuese reintegrado o no se redujese en la medida correspondiente.
Por utilidad debe entenderse, según el concepto de la ley, el aumento obtenido por la gestión social, en el patrimonio de la sociedad respecto al patrimonio inicial. Si este incremento no colma la pérdida sufrida en el ejercicio precedente, no habrá utilidad que repartir. Esta no debe estimarse en relación al ejercicio en que se produce, sino en relación al patrimonio inicial de la sociedad, y podrá dividirse entre los socios sólo cuando supere a este patrimonio.
Cada ejercicio sufre la influencia del ejercicio precedente, con la consecuencia de que aún verificándose pérdidas en el presente ejercicio, se pueda repartir utilidades, si en el ejercicio anterior las hubo; y al revés, no podrá repartirse utilidads arrojadas por el balance del presente ejercicio, si el del ejercicio anterior arrojó pérdidas.
La ley se preocupa más que nada de que los acreedores sociales estén garantizados en tanto no se prive a los socios de toda posibilidad de obtener inmediatamente los resultados útiles de la gestión social, si esto es posible, cuando el capital social ha sido reducido en la medida correspondiente a la pérdida experimentada.
Si por tanto la sociedad entiende poder distribuir las utilidades verificadas en los sucesivos ejercicios, debe reducir el capital social, de modo que resulte correspondiente a aquello que efectivamente ha quedado como consecuencia de la pérdida inicial. Si por el contrario pretende mantener el capital social en la medida inicial, debe ante todo, colmar la deficiencia que en él se hubiere verificado.
La distribución de utilidades llevada a cabo con desdén de la prohibición legal determina, aun en esta hipótesis, la obligación del socio de restituir y la responsabilidad de los administradores (ver autor y opus cits. pág. 323 y ss.).

Art. 1632. — Los acreedores sociales, aun cuando la sociedad esté en liquidación, no pueden pretender el pago de los socios singulares, sino después de la excusión del patrimonio social.

Ver: art. 2304 C. italiano; 106 y 206 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 301, 437 y 443 de nuestro C. de Comercio; 153 y 130 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 22 C. francés de Comercio; 128 y 129 C. alemán de comercio y 564 y 568 del C.F.S. de las Obligaciones.
Solidaria e ilimitada la responsabilidad contraída por los socios de una sociedad colectiva, respecto de todas las obligaciones sociales, la jurisprudencia de los tribunales franceses les ha denegado, cuando son demandados por los acreedores sociales, el derecho de oponerles la excepción del beneficio de excusión (ver in Petit Dalloz, Cod de Commerce, art. 22, pág. 11).
Mas distinta la concepción italiana de esta obligación, dispuso el art. 106 parágrafo 2º del Código de Comercio de 1882 que "No obstante (la solidaridad) no pueden los acreedores de la sociedad pretender el pago de los socios singulares antes de haber ejercido su acción contra la sociedad".
Nuestro Código de Comercio, dispone por su art. 443 que "Los bienes particulares de los socios que no se incluyeron en la formación de la sociedad, no pueden ser ejecutados para el pago de la deuda social, sino después de ejecutados todos los bienes de la sociedad", de donde se infiere, al decir de Segovia,

que el socio de la sociedad colectiva, aun siendo solidariamente responsables por las deudas de la sociedad, sólo se obliga subsidiariamente, como un fiador simple de ella, como lo estatuye el art. 480 del mismo Código, siquiera en este caso con el beneficio de excusión. Agrega nuestro autor que no distinguiendo este artículo, ni se ve razón para ello, debe concluirse que su disposición será aplicable en todo tiempo, antes o después de la liquidación, y sea ésta voluntaria y extrajudicial o forzosa y judicial. Así es que, aun tratándose de sociedades colectivas, en que la quiebra de la sociedad importa la de los socios, y la formación de otros tantos juicios consiguientes, la disposición de nuestro artículo mantendrá toda su eficacia, y no deberá tocarse los bienes particulares de los socios concursados, para el pago de la deuda social, sino después de excutidos todos los bienes de la sociedad" (ver autor y opus cits. t. I, pág. 498).

Como nuestro C. de Comercio no trata de esta materia a propósito de la sociedad colectiva, sino de la Liquidación de la sociedades, sin excluir a las colectivas viene dispuesto por su art. 437 que: "No bastando los fondos de la sociedad para pagar las deudas exigibles, es obligación de los liquidadores pedir a los socios las cantidades necesarias en los casos en que estos estuviesen obligados a suministrarlas conforme a las reglas establecidas".

Si lo socios adeudan todo o parte de su cuota, deberán lo que falte para la integración del patrimonio social, y la aplicación del principio de este artículo se explicará por lo que estatuye nuestro art. 1631. Mas si nada debiesen por tal concepto y se hallare agotado el activo social, y los socios no respondieren a los requerimientos de los liquidadores, se daría por terminada la misión de éstos para dar lugar a la declaración de quiebra, como enseña el mismo Segovia (t. I, nota 1586, pág. 492).

El parágrafo 3º del art. 564 del C.F.S. de las Obligaciones puede, sin duda, ofrecerse como antecedente doctrinal del presente artículo, al estatuir que: "No puede requerirse personalmente a un socio en razón de una deuda social sino cuando la sociedad se ha disuelto o ha sido objeto de demandas infructuosas", como por ejemplo cuando la sociedad ha sido declarada en quiebra o cuando una ejecución ha terminado en embargos infructuosos o insuficientes. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. II, nota 9, pág. 45).

Controvertida en Italia antes de la sanción del Código de 1942 si la previa excusión de los bienes de la sociedad era necesaria en el estado de liquidación de ella, decidióse por el art. 2304 de dicho Código que la excusión es procedente tanto en la fase activa de la vida social, como en el estado de su liquidación.

Sabido lo dispuesto por el art. 1625 del presente Código, o sea que siendo irregular la sociedad colectiva por omisión de su registro, las relaciones de la sociedad con los terceros se regularán por las disposiciones relativas a la sociedad simple, sin perjuicio de la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios, la preventiva excusión de la sociedad no constituye condición de procedencia o admisibilidad de la acción contra el socio, mediante la indicación de bienes de la sociedad, idóneas y suficientes.

Queda por ver si los socios de una sociedad colectiva podrían, en caso de concordato aprobado, hacer uso del derecho de excusión de los bienes de la sociedad. El in fine del art. 1410 de nuestro Código de Comercio estatuye que: "Los acreedores de una sociedad (sin distinguir su clase) no conservan su acción contra los bienes personales de los socios solidarios, sino cuando expresamente se hayan reservado el derecho al celebrar el concordato", porque si conservaran su acción se les permitiría perseguir por el saldo o restante a los socios, sin embargo de haber aceptado el concordato, el cual, siendo remisivo, habría extinguido la acción de los acreedores contra su deudor, salvo estipulación expresa en contrario, como lo preceptúa el art. 1411 del mismo Código.

Traído el in fine del art. 1410 de nuestro Código de Comercio del art. 25 in fine del Proyecto italiano, que luego habría de ser el in fine del art. 25 de la Ley italiana del 24 de mayo de 1903, pero omitido en la Ley italiana de quiebras, salvo lo preceptuado por su art. 184 parágrafo 2º, según el cual: "salvo pacto en contrario, el concordato de la sociedad tiene eficacia en relación a los socios ilimitadamente responsables", se comprenderá que Ferri, explicando este punto, enseñe que sólo en el concordato de la sociedad pueda preverse la acción (de los acreedores sociales) en relación a los socios singulares, por el residuo (ver autor y opus cits. pág. 331).

Art. 1633. — El acreedor particular del socio, mientras dure la sociedad, no puede pedir la liquidación de la cuota del socio deudor.

Ver: art. 2305 C. italiano; 85 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 569 del C.F.S. de las Obligaciones; 119 del C. general alemán de comercio; 64 parág. 1º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

La posición del acreedor particular del socio de la sociedad colectiva, dice Ferri, es determinada sobre la base del art. 2270 (que corresponde al art. 1599 del presente Código), con las modificaciones que resultan del art. 2305 (que es nuestro 1633).

Por consiguiente corresponden al acreedor particular los medios de tutela específicos previstos en el parágrafo 1º de nuestro art. 1599 como medio de tutela concedido a todo acreedor o sea que puede hacer valer sus derechos sobre las utilidades correspondientes a su deudor y llevar a cabo actos de conservación sobre la cuota correspondiente a este último en la liquidación, tal como lo estatuye el parágrafo 1º del art. 64 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades y así también lo preceptúa el 569 del C.F.S. de las Obligaciones.

Por oposición a lo que a tenor del parágrafo 2º de nuestro art. 1599 puede pedir el acreedor particular del socio de una sociedad simple, cuando sus otros bienes son insuficientes para satisfacer su crédito, cual es la liquidación de su cuota en la sociedad, el presente artículo lo niega al acreedor particular del socio de una sociedad colectiva, mientras dure la sociedad (ver autor y opus cits. pág. 332).

Art. 1634. — La deliberación de reducción de capital, mediante reembolso a los socios de las cuotas pagadas o mediante liberación de ellos de la obligación de ulteriores desembolsos, puede ser ejecutada sólo después de tres meses a contar desde el día de la inscripción en el registro de las empresas, siempre que dentro de este término ningún acreedor social anterior a la inscripción haya hecho oposición. El Juez, no obstante la oposición, puede disponer que la ejecución tenga lugar, previa prestación por parte de la sociedad de una garantía idónea.

Ver: arts. 2306 C. italiano; 101 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 294 parágrafo 2º y 295 de nuestro C. de comercio.

Aun cuando la enunciación del capital social no es requerida por el art. 1623 del presente Código en el acto constitutivo de las sociedades colectivas, sino sólo la de las aportaciones de cada socio, la verdad es que el valor de la suma de todas ellas constituye la garantía común de los acreedores

sociales, y es exclusiva e insuprimible. Exclusiva en cuanto los acreedores particulares del socio no pueden ejercer su acción sobre el patrimonio social, sino de conformidad con nuestro art. 1596; y es insuprimible en cuanto ese patrimonio no puede ser reducido por los socios en daño de los acreedores sociales, sin su consentimiento.
Nuestro artículo trata de la reducción del "capital" mediante reembolso a los socios de sus cuotas pagadas, siquiera en la enumeración del art. 1623 no se emplee ese vocablo, sino sólo "las aportaciones de cada socio y de su valoración". Estas aportaciones constituyen el patrimonio social, que en substancia equivale al capital, pero que, por las variaciones que puede sufrir como consecuencia de la gestión de los negocios sociales, resulta distinto del capital, invariable y firme en tanto no sufran alteración los aportes por toda la duración de la sociedad. El patrimonio social, enseña Ferri, está destinado a variar día a día y puede descender por debajo del capital social como consecuencia de las pérdidas sufridas en el ejercicio de la actividad, como también puede ascender, —como normalmente ocurre— por encima del capital como consecuencia de las utilidades obtenidas en la gestión de la sociedad.
La distinción entre capital social y patrimonio social —agrega nuestro autor— es fundamental en la disciplina de la sociedad y para la interpretación del presente artículo. Esta disposición se refiere a la reducción del capital social y no a la reducción del patrimonio, y sólo en relación a la reducción del capital social es necesaria la participación de los acreedores en forma de no oposición, para que la reducción pueda convalidarse.
Si en cambio tiene lugar una reducción del patrimonio social, como normalmente ocurre por la distribución de las utilidades a los socios, o de las reservas acumuladas durante varios ejercicios, sin que por eso sufra desmedro el capital, la deliberación de los socios que así lo resuelva sería inmediatamente eficaz, porque en tal caso nuestro artículo no sería aplicable a dicha liberación:
Los acreedores sociales tienen derecho de contar con el capital social, pero no con el incremento de bienes obtenido en el ejercicio de la actividad social.
El campo de aplicación de nuestro artículo es limitado en un doble sentido, en cuanto ella queda excluída todas las veces en que produciéndose una disminución del patrimonio social, no trascienda a una reducción del capital social, como también queda excluída cuando produciéndose una reducción del capital social no apareje una disminución del patrimonio social.
El derecho de oposición compete sólo a los acreedores sociales anteriores a la inscripción de la deliberación de reducción del capital social, tanto si su crédito fuese líquido y exigible, como condicional o a término, sea quirografario o privilegiado, pignoraticio o hipotecario, y ya tenga derecho a una prestación en dinero o en especie.
La oposición del acreedor debe ser opuesta dentro de los tres meses computados desde el día de la inscripción de la deliberación de los socios en el registro de las empresas (ver: Ferri, opus cit. pág. 333 y ss.).

Art. 1635. — El acreedor particular del socio puede oponerse a la prórroga de la sociedad, dentro de los tres meses computados desde la inscripción de la deliberación de prórroga en el registro de las empresas.

Si la oposición es aceptada, la sociedad, dentro de los tres meses computados desde la notificación de la sentencia, debe liquidar la cuota del socio deudor del opositor.

En caso de prórroga tácita cada socio puede siempre separarse de la sociedad dando de ello preaviso a tenor del art. 1613 y el acreedor particular del socio puede pedir la liquidación de la cuota de su deudor a tenor del art. 1599.

Ver: art. 2307 C. italiano; 102 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado.
Dado que a tenor del art. 1633 el acreedor particular del socio de una sociedad colectiva, en tanto dure la sociedad, no puede pedir la liquidación de la cuota del socio deudor, elemental es que la prórroga de la sociedad pueda perjudicar al acreedor en cuanto aplaza la realización de su derecho sobre la cuota de liquidación. Explícase así que por el parágrafo 1º de nuestro artículo se faculte al acreedor particular del socio a oponerse a la prórroga dentro de los tres meses de la inscripción de la deliberación respectiva en el registro de las empresas.
Ocioso es que la oposición es concedida sólo en el caso de que la prórroga le perjudique al acreedor en la realización de su crédito sobre los otros bienes de su deudor, hecho que debe ser objeto de prueba en el correspondiente juicio promovido por el acreedor, pues, la oposición debe promoverse por demanda ordinaria ante juez competente, porque sólo por efecto de una suntencia surge el derecho a la liquidación de la cuota del socio deudor.
Tácita es la prórroga que tiene lugar sin deliberación de los socios por la continuación de hecho de la actividad social.
Si mediase una deliberación pero no inscrita, y el socio hubiese manifestado su aceptación, quedaría vinculado a ella por mero efecto del contrato, por el término fijado a la duración de la sociedad, y la posición del acreedor particular del socio sería la que resulta del parágrafo primero del presente artículo. En ningún caso podría aplicarse el último parágrafo de dicho precepto.
Si sólo se tratase de una continuación de hecho de la actividad social, puede el socio separarse siempre de la sociedad dando preaviso de ello de tres meses de anticipación, y la sociedad quedaría equiparada a la sociedad no registrada.
El acreedor particular del socio podría demandar la liquidación de la cuota de su deudor. La liquidación debe hacerse referida al tiempo de la promoción de la demanda.

Art. 1636. — La sociedad se disuelve, no sólo por las causas indicadas en el art. 1600, sino también por la declaración de quiebra.

Ver: art. 2308 C. italiano; 189 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 422 de nuestro C. de comercio; 545 y 572 C.F.S. de las Obligaciones; 1865 C. de Comercio francés; 723, 725 a 728 C. civil alemán; 131, 132, 134 y 139 C. alemán de comercio; 114 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Agrega la fuente de nuestro artículo, respecto de las sociedades colectivas constituidas con un objeto no comercial, que pueden ellas ser disueltas "por providencia de la autoridad administrativa en los casos establecidos por la ley", como la irregularidad en su gestión, el peligro de insolvencia, la inobservancia de las normas dictadas para tutelar el interés público (ver: Ferri: opus cit. pág. 343).
Mas si esta decisión era en Italia explicable bajo el régimen corporativo, por los enormes poderes conferidos a la autoridad administrativa, nosotros juzgamos que ella sería impracticable entre nosotros sin riesgo de confiar al Poder Ejecutivo un instrumento de gobierno que mal aplicado podría conducir a la

disolución de entidades de Derecho privado en cuya gestión no está ni puede estar comprometido el interés público.
Quedan así reducidas las causas de disolución de las sociedades colectivas a las enumeradas en el art. 1600 del presente Código respecto de las sociedades simples, y además por la declaración de quiebra, como desde luego así también lo estatuye el art. 422 de nuestro Código de Comercio.
Las causas de disolución previstas por el presente artículo producen automáticamente sus efectos. Si la disolución fuese causada por la quiebra, ocioso es que producida la rehabilitación cesarán sus efectos y la sociedad podrá reiniciar sus actividades si así lo deciden los socios.

Art. 1637. — La deliberación de los socios o la sentencia que nombre a los liquidadores y todo acto posterior que importe cambio en las personas debe ser depositado, dentro de los quince días siguientes a la notificación del nombramiento, en copia auténtica, por los propios liquidadores, para su inscripción en el registro de las empresas.

Los liquidadores deben depositar también en el mismo registro sus firmas autógrafas.

Ver: art. 2309 C. italiano; 197 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

Art. 1638 — Desde la inscripción del nombramiento de los liquidadores, la representación de la sociedad, incluso en juicio, corresponde a los liquidadores.

Ver: art. 2310 C. italiano; 198 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado.
El procedimiento de la liquidación de las sociedades colectivas y en comandita simple es el regulado por los artículos 1603 y ss., relativos a la sociedad simple, integrada por nuestro art. 1637 respecto a la publicidad del nombramiento del liquidador o los liquidadores, sean éstos nombrados por los socios fuera del caso de quiebra, o en esta hipótesis por el juez.
La inobservancia de la publicidad prescrita crea la presunción de ignorancia de parte de los terceros respecto de los actos no publicados. En consecuencia el deudor de la sociedad que pague su deuda al administrador o al liquidador que ya había cesado en sus funciones o que cita en juicio a la sociedad en la persona de su administrador o liquidador ya revocado, es tutelado, a menos que la sociedad pruebe en juicio que el tercero conocía la substitución.
La obligación de dar publicidad al nombramiento del liquidador subsiste aun respecto del nombrado en el acto constitutivo, siquiera en este caso sea necesario un acto de la sociedad que confiera actualidad a su designación. La publicidad del acto constitutivo no substituye a la publicidad del nombramiento, según así se infiere de nuestro art. 1638, desde que publicado que sea el nombramiento del liquidador, la representación de la sociedad deviene suya.

Art. 1639. — Llevada a cabo la liquidación, deben los liquidadores redactar el balance final y proponer a los socios el proyecto de repartición.

El balance, suscrito por los liquidadores, y el plan de repartición deben ser comunicados mediante carta certificada a los socios, y se entenderá aprobados si no fueren impugnados dentro del término de dos meses computados desde la comunicación.

En caso de impugnación del balance y del plan de repartición, podrá el liquidador pedir que las cuestiones relativas a la liquidación, sean examinadas separadamente de las relativas a la división, a las cuales podrá el liquidador permanecer extraño.

Con la aprobación del balance, quedan los liquidadores liberados respecto a los socios.

Ver: art. 2311 C. italiano; 208 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 436 y 441 de nuestro C. de comercio; 580 a 584 del C.F.S. de las Obligaciones; 145, 146, 149, 155, 159, 160 del C. alemán de comerrio; 128 a 136 del Anteproyesto argentino de Ley General de sociedades.
Aun cuando nuestro artículo sólo se refiere al "balanre final" debe entenderse que esta operación supone la rendición de cuenta que el liquidador debe hacer de sus gestiones al frente de la administración del patrimonio social en liquidación. Debe éste haber extinguido y depositado la suma necesaria para satisfacer los créditos presentados. No será necesario que el liquidador reduzca a dinero todo el activo, pues, es admisible una repartición en especie, o en créditos.
El proyecto así trazado debe comunicarse a los socios por cartas certificadas, el cual se entenderá aprobado si no es impugnado de dos meses computados desde que el socio ha recibido la comunicación del liquidador. El conocimiento indirecto de su contenido no hará correr el término. La impugnación del balance debe hacerse por demanda en juicio. Siendo la rendición de cuenta un todo indivisible bastará la impugnación de un socio para que el balance no sea aprobado.
En el juicio de impugnac'ón deben hacerse presente todos los socios, para que la sentencia que se dicte produzca efectos respecto de todos.
La oposición puede referirse al balance o al proyecto de repartición. Si es lo primero, debe ella ventilarse con el liquidador. Si es lo segundo, no hará falta que el liquidador intervenga, porque la repartición es asunto que sólo interesa a los socios.

Art. 1640. — Aprobado que sea el balance final de liquidación, deben los liquidadores pedir la cancelación de la sociedad en el registro de las empresas.

Desde la cancelación de la sociedad los acreedores sociales que no han sido satisfechos pueden hacer valer sus créditos frente a los socios y, si la falta de pago es imputable a culpa de los liquidadores, también frente a éstos.

Los libros de contabilidad y los documentos deben ser conservados durante diez años a contar desde la cancelación de la sociedad en el registro de las empresas.

Ver art. 2312 C. italiano; 209 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; sin antecedente en nuestra legislación salvo lo relativo a la conservación de los libros y papeles después de la liquidación y partición definitiva, tal como lo estatuye el art. 446 del C. de comercio y el art. 136 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Con la aprobación del balance de liquidación la sociedad se extingue. Indiferente es que el proyecto de reparto haya sido o no aprobado y que los bienes hayan sido efectivamente repartidos. Nada impide, dice Ferri, que a la sociedad suceda un estado de comunidad y que los bienes sean mantenidos en estado de indivisión.

Satisfechos los acreedores sociales, desaparece la razón de ser de la personalidad jurídica de la entidad. Los bienes en estado de indivisión dejarán de ser regidos por las leyes de la sociedad para ser disciplinados por las leyes propias del estado de comunidad.

Extinguida la sociedad, viene por lógica consecuencia la necesidad de dar publicidad a su cancelación en el registro de empresas, la cual, siendo meramente declarativa, será de efectos retroactivos, de suerte que siendo así, los acreedores que se presenten después a título de no haber sido sstisfechos, no podran accionar contra la sociedad, pero si contra los socios y eventualmente contra los liquidadores.

Corresponderá al Encargado del Registro verificar si concurren los requisitos de la inscripción y podrá negar la cancelación si comprobase que existen relaciones sociales no liquidadas,

Si algún acreedor quedase sin cobrar lo que se le debe, podrá acçionar por más de una vía, según la hipótesis de que se trate.

Si la repartición se hubiese hecho con el fin de substraer al acreedor social la garantía, y concurriesen en este caso los extremos de la acción pauliana, podrá atacar de fraude la repartición, y conservar así sobre los bienes de la sociedad su derecho de prelación.

Fuera de esta hipótesis la ley faculta a los acreedores sociales no satisfechos a accionar contra los socios, ilimitada y solidariamente responsables, y si la falta de pago es imputable a culpa de los liquidadores, contra éstos.

La responsabilidad de los socios se funda en su participación social, y la de los liquidadores en su propia culpa.

Extinguida la sociedad, sus libros de contabilidad y toda la documentación relacionada con sus asientos deben ser depositados en poder del socio elegido por mayoría de votos y conservados por diez años, computados desde la cancelación de su personalidad en el registro de las empresas.

TITULO XXVI

DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA SIMPLE

Art. 1641. — En la sociedad en comandita simple los socios colectivos responden solidaria a ilimitadamente por las obligaciones sociales, y los socios comanditarios responden limitadamente a la cuota aportada.

Las cuotas de participación de los socios no pueden ser representadas por acciones.

Ver: art. 2313 C. italiano; 76 inc. 2º C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 372 de nuestro C. de comercio; 23 a 26 C. francés de Comercio; 590 C.F.S. de las Obligaciones; 161 C. alemán de comercio; 167 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Nuestro artículo, como su fuente, partiendo de la base personal de la comandita simple, atribuye su esencia a la contraposición de dos categorías de socios, establecidas en función de su responsabilidad externa, reflejo de su organización interna, de que luego nos ocuparemos: a) el socio que asume responsabilidad ilimitada y solidaria por las obligaciones sociales, al cual llamaremos **socios colectivos**; y b) aquellos que responden limitadamente a la cuota aportada, a los que llamaremos **socios comanditarios**.

Dada la estrecha relación de dependencia entre poderes de gestión y la rsponsabilidad ilimitada del que los ejerce, es igualmente de la esencia de esta clase de sociedad que en el orden interno de ella, su administración sólo puda ser conferida a los socios colectivos, bajo el nombre de uno de los cuales se da la razón social, y que si el comanditario consiente que su nombre sea incluido en dicha razón social, responda ilimitada y solidariamente respecto de terceros con los socios colectivos, por las obligaciones de la sociedad.

Por oposición a lo que nuestro Código de Comercio estatuye en relación a la cuota de los comanditarios, de socios que la suministran en fondos cifrados en acciones nominativas o al portador (art. 380), el in fine de nuestro artículo estatuye que las cuotes de participación de los socios no pueden ser representadas por acciones, porque, como se establecerá después del Capítulo consagrado a las sociedades por acciones, se disciplinará la sociedad en comandita por acciones.

Estos dos tipos de sociedades pueden ser caracterizadas por la base personal de la organización de la comandita simple y la objetiva y anónima del capital de la comandita por acciones, aglutinadas bajo un solo título en los viejos códigos de comercio, como el nuestro y el italiano de 1882 (art. 76 inc. 2º y los arts. 23 a 26 del C. francés de comercio).

No se reduce a esta discriminación la innovación del derecho moderno. Ella es más profunda. Era lo propio del derecho anterior la responsabilidad ilimitada y solidaria de los socios cuyo nombre están incluídos en la razón social (art. 374 de nuestro C. de Comercio) y la prohibición a los comanditarios

o simples suministradores de capital de hacer ningún acto de gestión, intervención o administración, bajo pena de quedar solidariamente responsables con los socios colectivos por todas las deudas de la sociedad (art. 377 Ibidem). Estos preceptos eran aplicables a los dos tipos de sociedades, tanto a la comandita simple cuanto a la comandita por acciones.
Con la innovación del C. Italiano de 1942, al que fielmente en esta materia seguimos, aquellos preceptos no se aplican a la comandita por acciones.
Viene de aquí explicado el In fine del presente artículo, según el cual: "Las cuotas de participación de los socios no pueden ser representadas por acciones" (Ver: Ferri, opus cit. pág. 353; Pardessus, opus cit. t. III, Nº 1028, pág. 101; Alauzet, opus cit. t. II, Nº 532, pág. 251 y ss.; Delamarre et Le Poitvin, t. III, Nº 27, pág. 40; Bravard-Veyrieres, opus cit. t. I, pág. 224; Lyon-Caen & Renault, opus cit. t. II, Nº 446, pág. 369; Thaller, opus cit. Nº 258, pág. 195; Gain, Societés Commerciales, Nº 149, pág. 142).

Art. 1642. — La sociedad actúa bajo una razón social constituída por el nombre de uno al menos de los socios colectivos, con la indicación de ser sociedad en comandita simple, salvo lo dispuesto en el parágrafo 2º del art. 1620.

El comanditario que consiente que su nombre sea incluído en la razón social, responde respecto de terceros ilimitada y solidariamente con los socios colectivos por las obligaciones sociales.

Ver: art. 2314 C. italiano; 114 de C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 23 parág. 2º y 26 del C. francés de comercio; 375 de nuestro C. de comercio; 597 y 598 del C.F.S. de las Obligaciones; 161 y 170 C. alemán de comercio; 168 y 171 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Como la sociedad colectiva, la sociedad en comandita simple gira bajo una razón social constituída por el nombre de uno al menos de los socios colectivos, seguida de la indicación del tipo de sociedad de que se trata. No podría adoptarse por razón social una denominación cualquiera siquiera referida a la actividad social y aunque tal denominación sea seguida de la indicación de ser una comandita simple.
Tampoco sería admisible la adopción de una fórmula que comprenda el nombre de una persona que no sea socio colectivo y menos si se trata de una persona extraña a la sociedad.
La única excepción a este principio es el de la conservación del nombre de un socio colectivo ya fallecido, tal como expresamente lo permite nuestro artículo.
La inclusión en la razón social del nombre de uno de los socios comanditarios no importaría una irregularidad en la constitución de la sociedad, pero sí la responsabilidad ilimitada y solidaria de dicho socio, conjuntamente con los socios colectivos, por todas las obligaciones sociales. No sería necesario que su inclusión en la razón social fuese estipulada en el contrato social. Bastaría que lo consintiese o lo tolerase. (Ferri, opus cit. pág. 358 y ss.; Grandi, opus cit. Nº 940, pág. 637; Messineo, opus cit. t. V, parág. 151, Nº 22, pág. 352).

Art. 1643. — A la sociedad en comandita simple se aplican las disposiciones relativas a las sociedades colectivas, en cuanto sean compatibles con las normas siguientes.

Art, 2315 C. italiano; 607 C.F.S. de las Obligaciones; 161 parág. 2º, 119 a 121 del C. alemán de comercio; 170 parág. 2º y 156 y ss., del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Sin ningún ontecedente en nuestro C. de comercio.
Ya se considere la comandita simple mera modificación de la sociedad colectiva, como lo enseña Ferri (opus cit. 361), o como excepción al derecho común, según lo entiende Pardessus (opus cit. t. III, Nº 1028, pág. 101), o como corrective del principicio encarnado en la colectiva, según Messineo (opus cit. t. V, parág. 151, Nº 21, pág. 351), se entiende que la disciplina de ambos tipos de sociedad sea común fuera de la esfera de aplicación de las disposiciones estructurales de la comandita simple. Nuestro artículo subordina la aplicación de las normas de la sociedad colectiva a la comandita simple a condición de que sean compatibles con las disposiciones propias de esta última. Ferri tiene por delicado el problema suscitado por la compatibilidad o incompatibilidad de dichos preceptos, para cuya solución no debe atenderse al tipo de sociedad, sino a la concreta disposición dictada con ese objeto.
Las normas específicas de la comandita simple pueden dividirse en tres grupos:
1º) las que expresanmente derogan la disciplina de la sociedad colectiva;
2º) las que expresa y oportunamente nos remiten a la disciplina de la colectiva, a las que integran con disposiciones especiales; y
3º) las que regulan aspectos completamente nuevos y que no se verifican respecto de la colectiva.
Hecha la coordinación sobre estas bases, no resulta difícil (ver autor y opus cits. pág. 361 y ss.).
Así, el art. 607 del C.F.S. de las Obligaciones dispone que son igualmente aplicables a la comandita simple, sus arts. 569 a 571, según los cuales:
a) los acreedores personales de un socio no pueden hacerse pagar u obtener seguridades reales sobre los bienes, créditos o derechos comprendidos en el activo social; sino sobre los intereses o utilidades que correspondan a su deudor, o sobre la parte que le corresponda en la liquidación;
b) el deudor de la sociedad no puede oponer la compensación de lo que uno de los socios le adeuda; como tampoco un asociado puede oponer la compensación de lo que su acreedor deba a la sociedad, etc.

Art. 1644. — El acto constitutivo debe indicar quiénes sean los socios colectivos y quiénes los comanditarios.

Ver: art. 2316 C. italiano; 88 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 591 C.F.S. de las Obligaciones; 162 C. alemán de comercio.
Hénos aquí ante la primera disposición que se vincula al art. 1620 relativo a las indicaciones que debe contener el acto constitutivo de la sociedad colectiva, el cual debe ser observado igualmente respecto de la comandita simple.
No hará falta que se usen expresiones sacramentales, como por ejemplo que tal socio es colectivo y tal otro simple suministrador de capital o comanditario.
Bastará que ellas sean claras respecto a la extensión de la responsabilidad asumida por cada uno: ilimitada y solidaria de aquellos cuyo nombre aparece en la razón social y limitada a su aporte de los comanditarios. La omisión de estas especificaciones autorizaría el rechazo de la inscripción del acto constitutivo.

Art. 1645. — Mientras la sociedad no sea inscrita en el registro de las empresas, las relaciones de la sociedad y los terceros serán regidas por lo dispuesto en el art. 1625.

Sin embargo, de las obligaciones sociales responderán los comanditarios limitadamente a su cuota, salvo que hayan participado en las operaciones sociales.

Ver: art. 2317 C. italiano; 98 y 99 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 599 C.F.S. de las Obligaciones; 175 C. alemán de comercio; 56 de la Ley francesa de sociedades; 169 in fine, 171 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

La sociedad en comandita, a igual que la colectiva, está sometida al régimen de publicidad instituido por el depósito e inscripción del acto constitutivo en el Registro de las empresas. Su omisión torna irregular la sociedad. Mas dado que la inscripción es de efectos meramente declarativos, la falta de inscripción no resta eficacia al contrato social en lo que se refiere a la representación de la sociedad y a la extensión de la responsabilidad de cada tipo de asociado.

Así, en la comandita irregular o sea la no inscrita, no se altera la extensión limitada de la responsabilidad del comanditario, salvo que haya participado en las operaciones sociales.

Tiene la doctrina por delicado problema el de saber cuándo el comanditario asume responsabilidad ilimitada y solidaria y cuándo puede decirse que ha tenido participación en las operaciones sociales.

Una opinión extrema y rigurosa sostiene que el comanditario asume responsabilidad ilimitada y solidaria por toda ingerencia en las operaciones sociales aunque sólo sea indirecta y también si percibe las utilidades resultantes del balance.

Otra opinión más liberal es aquella según la cual la participación en las operaciones sociales se identifica con el cumplimiento de actos en violación de la prohibición de ingerencia del art. 1642 del presente Código, con la consecuencia de no haber diferencia alguna entre sociedad regular e irregular.

Mas rechazando G. Ferri estos criterios extremos, juzga que si en la comandita irregular el socio comanditario administra y actúa en nombre de ella, pueden los terceros creer que el comanditario es socio colectivo porque el poder de administrar y de representación sólo le es conferido al socio colectivo. Siendo así, natural es —agrega— que la ley haga derivar de la participación del comanditario en las operaciones sociales su responsabilidad ilimitada y solidaria, sea que sólo haya cumplido un acto singular o una pluralidad de actos.

El art. 1642 de este Código rige respecto de la comandita regular, debidamente inscrita. Y el presente artículo, a la comandita irregular, caso en el cual, por la falta de inscripción, se presume ignorada de los terceros la efectiva posición del socio en la sociedad razón por la cual, el cumplimiento de un acto singular asume importancia y puede determinar al tercero a creer que el acto ha sido cumplido en cuanto el socio tiene por ley el poder de cumplirlo como socio colectivo (ver autor y opus cits. pág. 363 y ss.).

Art. 1646. Los socios colectivos tienen los derechos y las obligaciones de los socios de la sociedad colectiva.

La administración de la sociedad puede ser conferida solamente a los socios colectivos.

Ver: art. 2318 C. italiano; 115 y 116 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 374 de nuestro C. de comercio; 595 parág. 1º, 598 parág. 1º y 2º del C.F.S. de las Obligaciones; 165 y 170 C. alemán de comercio; 170 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Dado lo dispuesto por el presente artículo, si faltase en el acto constitutivo el nombramiento del socio colectivo administrador, la administración será ejercida disyuntivamente por todos los socios colectivos, con la prohibición de hacer competencia a la sociedad, como lo preceptúa el art. 1529.

La prohibición de conferir la administración a los socios comanditarios implícitamente estatuida por el in fine de nuestro artículo, se complementa con lo preceptuado por el art. 1.651, según el cual si faltasen todos los socios colectivos, los socios comanditarios nombrarán un administrador provisorio para los actos de administración ordinaria, quien por tal designación no asumirá la calidad de socio colectivo. La interinidad del administrador así nombrado sólo durará por el tiempo necesario para la reconstitución de la categoría de socio colectivo.

El socio colectivo administrador debe gozar de un amplio margen de autonomía. Siendo así, no sería admisible que por una cláusula del acto constitutivo se subordinase genéricamente el cumplimiento de su actividad de administrador a la autorización de los socios comanditarios. No está, empero prohibida, que por una cláusula del mismo contrato constitutivo y sólo respecto de una operación específicamente indicada, deba el administrador requerir la autorización de los socios comanditarios.

Cuando la administración de la sociedad sea conferida a solo uno de los socios colectivos los socios comanditarios podrán ejercer el contralor de su administración a tenor de lo dispuesto por el art. 1587. (ver art. 378 de nuestro C. de Comercio).

Art. 1647. — Si el acto constitutivo no dispone otra cosa, para el nombramiento de los administradores y para su revocación en el caso indicado en el parágrafo segundo del art. 1588 son necesarios el consentimiento de los socios colectivos y la aprobación de tantos socios comanditarios que representen la mayoría del capital suscrito por ellos.

Ver: art. 2319 C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior, ni en nuestro C. de comercio, ni en el C.F.S. de las Obligaciones.

El socio colectivo administrador puede ser nombrado por tal en el acto constitutivo, caso en el cual no podrá ser revocado sin justa causa como lo estatuye el parágrafo 1º del art. 1589.

Fuera de esta hipótesis, se aplicará el presente artículo, y el administrador nombrado por acto separado podrá ser revocado ad nutum, pero con el consentimiento de todos los socios colectivos y la aprobación de tantos socios comanditarios que representen la mayoría del capital suscrito por ellos.

La ley, dice Ferri, no limita la autonomía de la voluntad en lo que respecta al sistema legal de nombramiento y revocación del administrador nombrado por acto separado. Podría estipularse por el contrato social que tanto para el nombramiento cuanto para su revocación sea necesario de todos los socios colectivos

o de una mayoría calificada de éstos; o bien que sea suficiente el consentimiento de la mayoría de los socios colectivos y comanditarios conjuntamente considerados (autor y opus cits. pág. 369 y ss.).

Art. 1468. — Los socios comanditarios no pueden realizar actos de administración, ni tratar o concluir negocios en nombre de la sociedad, sino en virtud de poder especial para negocios singulares. El socio comanditario que contraviniere esta prohibición asumirá responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de terceros por todas las obligaciones sociales y podrá ser excluído a tenor del art. 1619.

Los socios comanditarios pueden prestar, sin embargo, su trabajo bajo la dirección de los administradores y, si el acto constitutivo lo consiente, dar autorizaciones y dictámenes para determinadas operaciones y llevar a cabo actos de inspección y de vigilancia.

En todo caso tienen ellos derecho a obtener comunicación anual del balance y de la cuenta de los beneficios y de las pérdidas, y a verificar su exactitud, consultando los libros y los otros documentos de la sociedad.

Ver: art. 2320 C. italiano; 118 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 377 de nuestro de C. de comercio; 27 y 28 C. francés de comercio; 595 parág. 2º y 596 parág. 3º del C.F.S. de las Obligaciones; 161 y 165 C. alemán de comercio; 171, 172 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La prohibición de ingerencia en la administración social a que los comanditarios se hallan constreñidos, es principio fundamental de la comandita simple, unánimemente justificada por los más calificados tratadistas del Derecho comercial francés italiano, español, portugués, argentino etc. (ver: Pardessus, opus cit. t. III, Nº 1030, pág. 105; Alauzet, opus cit. t. II, Nº 551 a 562, pág. 286 y ss; Bravard-Veyrieres, opus cit. t. I, pág. 246 y ss.; Lyon Caen & Renault, opus cit. Nº 487 y ss., pág. 397 y ss.; Gain, opus cit. Nº 154, pág. 148; Messineo opus cit. t. V, parág 151, Nº 23, pág. 353; Grandi, opus cit. Nº 490, pág. 637 y ss.; G. Ferri, opus 371 y ss.; Segovia, opus cit. t. I, pág. 430 y ss.).
La prohibición comprende los actos de administración interna y externa. Respecto de los negocios que excepcionalmente y en nombre de la sociedad podría el comanditario concluir con terceros, nuestro artículo lo permite siempre que obre en virtud de un poder especial y para un negocio determinado o singular. Punto es éste en que el presente artículo, como su fuente, se aparta de la legislación francesa, seguida ahora por el in fine del art. 171 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La admisión de la colaboración del socio comanditario por la prestación de su trabajo o servicio bajo la dirección del administrador, se justifica plenamente, desde que el administrador puede servirse de la colaboración de cualquier extraño, y no habría razón de que se prescindiera de la del comanditario.
El acto constitutivo de la sociedad no puede modificar estos principios fundamentales salvo dar poder especial al comanditario para concluir un negocio singular.
Muy severa la sanción de la responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de terceros por todas las obligaciones sociales impuesta al comanditario infractor de la prohibición legal de toda ingerencia en la administración, ha sido cohonestada por Ferri al decir que ella mira a evitar que la comandita sea desnaturalizada por la pérdida de sus lineamientos esenciales.
El poder de supervisión de los actos de administración conferido al comanditario es cosa vieja, pues, el art. 378 de nuestro código de comercio estatuye que: **"No son considerados como actos de gestión, intervención o administración, ni se comprenden en la disposición del artículo precedente, los actos de examen, inspección, vigilancia, verificación, opinión o consejo, en las deliberaciones de la sociedad con tal que dejen a los socios ordinarios su libertad de acción".**
La responsablidad ilimitada y solidaria de la sanción sólo rige en relación a terceros. En relación a los socios, el comanditario solo responde en los límites de su cuota.

Art. 1649. — Los socios comanditarios no están obligados a la restitución de las utilidades cobradas de buena fe de acuerdo con el balance regularmente aprobado.

Ver: art. 2321 C. italiano; 117 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 175 segunda parte del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El art. 786 del C. argentino estatuye que: **"El que recibió el pago de buena fe, está obligado a restituir igual cantidad que la recibida, o la cosa que se le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos. Debe ser considerado como el poseedor de buena fe".** Viene este precepto del art. 3487 del Esboço de T. de Freitas, cuyo inc. 1º estatuye que **"Si el pago indebido fue de dinero, el que lo hizo sólo tendrá derecho de repetir sin intereses otra cuantía igual".** Los incisos 2º y 3º se refieren al pago por entrega de cosa no reivindicable y de cosa reivindicable casos en los cuales el derecho de repetición comprende en la primera hipótesis, otro tanto de la misma especie y de la misma calidad, y en la segunda la misma e idéntica cosa, con las obligaciones y derechos de los poseedores de buena fe.
En la apostilla al art. 786 agrega el Dr. Vélez Sarsfield que no hace concordancia en éste y los artículos que siguen, porque se separa enteramente, tanto de las resoluciones de las leyes argentinas, como de la de los Códigos extranjeros en puntos muy importantes. La verdad es que en este punto no se separó de los códigos extranjeros. Bibiloni, al compilar su Anteproyecto no halló nada mejor que trasegarlo literalmente al art. 1374 de su obra. La Comisión de Reformas del Código redujo aquella disposición a la más comprimida del art. 860 del Proyecto de 1936, según el cual: **"El que hubiere recibido el pago de buena o de mala fe, será considerado como el poseedor en igual circunstancia. Consiste la mala fe en el conocimiento de la falta de causa, desde el instante en que se tuviere".**
Infiérese de esta última parte que la buena fe sería la ignorancia de la falta de causa, o tratándose del que recibió el pago de una suma de dinero o de una cosa fundible su buena fe consistiría en haber creído sin duda alguna que era acreedor. Es el argumento del art. 1376 del C. francés; 1145 del C. italiano de 1865, ya abrogado y 2033 del C. italiano de 1942; 1396 del C. holandés; 2279 C. de Luisiana; 812 C. alemán; 1431 y 1435 C. austriaco; 1895 C. español; 62 C.F.S., de las Obligaciones; 758 C. portugués; 960 C. boliviano; 964 C. brasileño; 1312 C. uruguayo; 1178 C. venezolano; 1237 C. peruano; 1882 C. mexicano; 2300 C. chileno; 2318 C. colombiano; 2319 C. ecuatoriano; 2258 C. guatemalteco; 803 C. costarricense; 2073 C. nicaraguense; 2206 C. hondureño; 5121 C. de Puerto Rico; 67 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 133 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 179 del C. Civil de la República de China etc.
Conocidos estos antecedentes, debe aclararse lo que se entiende por **"balance regularmente aprobado"**. Juzga

G. Ferri que tal balance no es el que resulta de cualquier operación de contabilidad, sino de la rendición de cuenta que los administradores deben presentar al fin de cada ejercicio social de conformidad con nuestro art. 1588, debidamente aprobado por los socios.
La alusión a la regularidad del balance sólo se refiere a su regularidad formal, porque su regularidad substancial debe ser apreciada en consideración a la buena fe del socio que recibe las utilidades pagadas de acuerdo al balance regularmente aprobado.
La razón de la presente excepción al principio fundamental de la condictio indebiti que obliga al que de buena fe recibió el pago indebido de una suma de dinero a restituirla en igual cantidad de la recibida, no es otra que lo preceptuado por el art. 1648 del presente Código según el cual "Los socios comanditarios no pueden realizar actos de administración", de suerte que siendo así, no están en situación de saber si las utilidades repartidas en virtud del balance son líquidas y realizables y por consiguiente que le sean efectivamente debidas. Viene de aquí el límite puesto por la ley al principio de la condictio indebiti. Esta excepción no es aplicable a los socios colectivos aunque se trate de socios colectivos que no administran la comandita simple.
La excepción que nos ocupa está subordinada a la buena fe del comanditario y a su ignorancia de la inexistencia de las utilidades. La buena fe excluye la culpa. Esta debe ser estimada en relación a la posición jurídica del comanditario en la sociedad. Incurriría él en culpa en la hipótesis de que hubiese podido, mediante una normal diligencia, cerciorarse de la inexistencia de las utilidades sobre la base de los elementos puestos a su disposición y que él pudiese examinar. Mas excluído el comanditario de toda intervención en la administración, mal ha podido asegurar lo contrario de lo que reza el balance y rendición de cuentas presentados por los administradores al fin del ejercicio, por mucho que a tenor del in fine de nuestro art. 1648 tiene el derecho de verificar la exactitud de la cuenta de los beneficios y las pérdidas del balance presentado por los administradores. Aun dotado de este derecho, mal podría el comanditario, excluído de la administración, desprovisto de información exacta de los negocios sociales, ajeno a la documentación de los asientos de la contabilidad, negarse a recibir las utilidades repartidas por el administrador sobre la base de su rendición de cuentas, sin otro argumento que sus dudas, sobre todo si a estar al balance aprobado por los socios el capital permanece intacto.
La buena fe debe existir en el momento del recibo de las utilidades. El posterior conocimiento que el comanditario adquiera de que dichas utilidades eran ficticias no afecta a su derecho. (ver Ferri opus cit. pág. 378 y ss.).

Art. 1650. — La cuota de participación del socio comanditario es trasmisible por causa de muerte.

Salvo disposición contraria del acto constitutivo, la cuota puede ser cedida, con efecto en relación a la sociedad, con el consentimiento de los socios que representen la mayoría del capital.

Ver: art. 2322 C. italiano; 191 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado, 177 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Derecho patrimonial la cuota del comanditario, ocioso es que por su fallecimiento sea ella trasmisible a sus herederos. Excluído él, como mero suministrador de capital, de la administración de la sociedad, y no asumiendo responsabilidad personal por las obligaciones sociales, es natural que la consideración de su persona no sea inmutable.
Viene de aquí que nuestro artículo admita la trasmisibilidad de la cuota del comanditario por actos entre vivos, siempre que lo haga con el consentimiento de los socios que representen la mayoría de capital, caso en el cual la cesión producirá efectos respecto de la sociedad.
Meramente dispositiva esta norma, nada obsta que por el contrato social se estipule la intrasmisibilidad por actos intervivos de la cuota del comanditario, o por el contrario su trasmisibilidad sin el consentimiento de los otros socios. El art. 171 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades aun evidentemente inspirado en el art. 2322 del C. italiano, se aparta del modelo al exigir el consentimiento unánime de los socios sobrevivientes para que los herederos del comanditario fallecido ingresen en la sociedad, de suerte que de no concurrir este requisito, la cuota del difunto sería simplemente liquidada y entregada a sus herederos.

Art. 1651. — La sociedad se disuelve no sólo por las causas previstas en el art. 1636, sino también porque queden solamente socios comanditarios o socios colectivos, siempre que dentro del término de seis meses no se haya substituido el socio faltante.

Si llegan a faltar todos los socios colectivos, los socios comanditarios nombrarán para el período indicado en el parágrafo precedente, un administrador provisorio encargado del cumplimiento de los actos de administración ordinaria. El administrador provisional no asume la calidad de socio colectivo.

Ver: art. 2323 C. italiano; 189 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 178 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Las causas de disolución de la comandita simple son las mismas previstas para la sociedad colectiva: vencimiento del término; consecución del objeto social o imposibilidad sobreviniente de conseguirlo; otra causa prevista en el contrato social y declaración de fallecimiento, como lo disponen los arts. 1600 y 1656 del presente Código.
La causa de disolución peculiar de la comandita es que llegue a faltar una de las dos categorías de socios de ella: o todos los socios comanditarios o todos los socios colectivos en el período fijado para la integración de los socios faltantes.
La disolución no es automática, sino subordinada a la imposibilidad de reconstituir el número de socios faltantes en el término de seis meses. La reconstitución, considerada en relación a la causa de disolución, opera condictio facti, de suerte que siendo así produce efectos retroactivos a la fecha en que faltó el socio substituído.
El problema suscitado por la falta de todos los socios colectivos, es resuelto por el in fine de nuestro artículo según el cual los comanditarios deben nombrar para el período de reconstitución un administrador provisorio para el cumplimiento de los actos ordinarios de administración, pero sin adquirir por esto la calidad de socio colectivo.
La reconstitución de la sociedad no importa una sociedad nueva, sino la continuación de la sociedad re-

constituída. La reconstitución no es un acto formal. Puede tener lugar aun tácitamente por el consentimiento de todos los socios después del vencimiento del término.

Art. 1652. — Salvo el derecho previsto por el segundo apartado del art. 1644 en relación a los socios colectivos y a los liquidadores, los acreedores sociales que no han sido satisfechos en la liquidación de la sociedad pueden hacer valer sus créditos también en relación a los socios comanditarios limitadamente a la cuota de liquidación.

Ver: art. 2324 C. italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, ni en nuestro C. de comercio.
Son aplicables a la liquidación de la comandita simple los artículos 1604 a 1612 y 1638 a 1641.
El único problema particular que surge para la sociedad en comandita simple es el relacionado con la posición de los comanditarios en relación a los acreedores sociales que han quedado insatisfechos en la liquidación, después de hecha la repartición del patrimonio social y de haberse cancelado la sociedad en el registro de las empresas.
Nuestro artículo deja subsistente la responsabilidad de los comanditarios por las deudas sociales en relación a esos acreedores, pero limitada a su cuota de liquidación. Se deroga así lo dispuesto en el art. 1646 del presente Código, en cuanto se prescinde de la buena o mala fe del comanditario, al permitirse al acreedor social a accionar en relación a él en los límites de cuanto recibió, sea a título de reembolso de su cuota de capital o a título de utilidad.
Lo que la ley quiere en este caso es impedir que la repartición del patrimonio social y la cancelación de la sociedad causen perjuicio a los acreedores sociales, quienes así conservan los derechos que tenían precedentemente (ver: G. Ferri, opus cit. pág. 389 y ss.).

TITULO XXVII

DE LA SOCIEDAD POR ACCIONES

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1653. — En la sociedad por acciones, la sociedad sólo responde de las obligaciones sociales con su patrimonio.
Las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones.

Ver: art. 2325 C. italiano; 76 inc. 3º C. italiano de comercio; de 1882 ya abrogado; 19 in fine y 32 y 34 parág. 1º C. de comercio francés; 612 C.F.S. de las Obligaciones; 178 C. alemán de comercio; 313, 315 y 318 de nuestro C. de comercio; 211 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; Pardessus, opus cit. t. II, Nºs 513, 567 y 580 y ss., págs. 322 y ss.; Bravard-Veyrrieres, opus cit. t. I, pág. 338 y ss.; Lyon Caen y Renault, opus cit. t. II, Nº 679 y ss., pág. 1 y ss.; Thaller, opus cit. Nº 263, pág. 197 y ss.; Gain, opus cit. Nº 467 pág. 389 y ss.; Giancarlo Fré, Societá per Azioni, pág. 3 y ss.; Segovia, opus cit. t. I, pág. 355 y ss.; Rivarola, Sociedades Anónimas, t. I, Nº 5, pág. 13 y ss.; Garo, Sociedades Anónimas, t. I Nº 29, pág. 89 y ss.; Raymundo L. Fernández, Código de Comercio Comentado, t. I, volumen 2, Nº 1, pág. 447 y Nº 313, pág. 455 y ss.; Carlos C. Malagarriga, Código de Comercio Comentado, t. II, pág. 94, y ss., etc.
Impropio el adjetivo "anónimo" aplicado a la sociedad por acciones, en cuanto aquella adjetivación connotativa de la ausencia de un nombre en las personas físicas o jurídicas, puede igualmente convenir a la colectiva simple, cuyos comanditarios no aparecen en la razón social, o a la comandita por acciones, y a la sociedad de responsabilidad limitada, ha sido abandonado por los compiladores del Código italiano de 1942, y substituído por la expresión de "sociedad por acciones" sin que este cambio importe una modificación substancial de la sociedad anónima regulada por el presente código, no obstante las notables innovaciones que se verán más adelante en relación a la disciplina con que nuestro Código de Comercio la regula conforme con el Derecho tradicional.
Nuestro artículo, como su fuente, indica los elementos esenciales de la sociedad de que se trata: 1º la responsabilidad limitada de los socios; y 2º la acción, entendida esta palabra como el documento de que consta el conjunto de derechos pertenecientes al socio. No hacía falta una definición, si se ha de incurrir en la impropiedad del art. 313 de nuestro Código de Comercio, según el cual la sociedad anónima es la simple "asociación de capitales", cuando los capitales, como elemento inerte de la economía, no pueden asociarse de por sí, dado que la sociedad o la asociación es un contrato, acto esencialmente voluntario. Basta, pues, la sola determinación de sus cualidades peculiares o esenciales. La asociación es formada de personas, no por el capital que aportan para la constitución del patrimonio social.
La limitación de la responsabilidad del socio es ceñida al monto de dinero o de bienes aportados, hecho lo cual no contrae obligación alguna respecto de la sociedad ni de terceros. Las obligaciones sociales constituyen para él res inter alios acta. El patrimonio del socio y el de la sociedad son absolutamente independientes y autónomos. El socio no contrae la obligación de no hacer competencia a la sociedad, siquiera fuese poseedor de la mayoría de las acciones.
No responde de las obligaciones sociales ni por vía subsidiaria, lo que no obsta a que, como cualquier tercero, pueda garantizarlas.
Cuanto al segundo elemento la acción es el instrumento representativo de una fracción del capital social y el título de la suma de derechos que corresponden al socio que aporta en dinero o bienes esa fracción del capital. (ver G. Fré, opus cit. pág. 3 y ss., y el art. 626 de nuestro Código de Comercio).

Art. 1654. — La denominación social, de cualquier modo que esté formada, debe contener la indicación de ser sociedad por acciones.

Ver: art. 2326 C. italiano; 314 de nuestro C. de comercio; 612 C.F.S. de las Obligaciones; 77 parág. 2º del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 178 C. alemán de comercio; 29 C. francés de comercio

Por el presente artículo se otorga la más amplia libertad en la denominación de la sociedad, pudiendo incluso llevar el nombre de su fundador, porque lo importante es que el nombre así elegido vaya seguido de la indicación de tratarse de una sociedad por acciones, para que los terceros sepan que no deben contar con la responsabilidad personal de los accionistas.

El nombre puede ser una denominación de fantasía, aunque ésta nada tuviese que ver con el objeto principal de la sociedad. Lo correcto es que los fundadores, procediendo con buena fe, traten de que la denominación de la sociedad trasunte en lo posible el fin u objeto de su constitución.

Si el nombre elegido es el del fundador, ni éste ni sus herederos podrían demandar su eliminación, porque el nombre de la sociedad es propiedad de ella.

Art. 1655. — La sociedad por acciones debe constituirse con un capital no inferior a un millón de guaraníes, íntegramente suscrito.

Ver: art. 2327 C. italiano; sin antecedente en la legislación anterior ni en la nuestra. La decisión del presente artículo mira a excluir la constitución de sociedades por acciones con un capital menor. Su fuente reza un millón de liras, porque concebida históricamente la sociedad por acciones para llevar a cabo empresas que la fortuna privada de una sola persona no podría emprender, requiere, sin duda, que su capital mínimo sea fijado por la ley. Los que quieran constituir una sociedad por acciones con capital menor, podrían optar por la forma de la sociedad de responsabilidad limitada.

El capital inicial de una sociedad por acciones puede experimentar excesivos aumentos para los fines de su constitución o sufrir pérdidas que la reduzcan, casos ambos que serán contemplados oportunamente.

Art. 1656. — La sociedad debe constituirse por escritura pública. El acto constitutivo debe indicar:

1) el nombre y apellido, nacionalidad, estado, profesión y domicilio de los socios y el número de acciones suscritas por cada uno de ellos;

2) la denominación, la sede de la sociedad y sus eventuales sucursales, dentro o fuera de la República;

3) el objeto social;

4) el monto suscrito e integrado;

5) el valor nominal y el número de las acciones y si éstas son nominativas o al portador;

6) el valor de los créditos y de los bienes aportados en especie;

7) las normas según las cuales se debe repartir las utilidades;

8) la participación en las utilidades eventualmente acordada a los promotores o a los socios fundadores;

9) el número de los administradores y sus poderes, con indicación de cuáles de ellos tienen la representación de la sociedad;

10) el número de los componentes del colegio de síndicos;

11) la duración de la sociedad.

El estatuto que contenga las normas relativas al funcionamiento de la sociedad, aun cuando constituya objeto de un acto separado, se considera parte integrante del acto constitutivo y debe ser unido a éste.

Ver: art. 2328 C. italiano; 89 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 292 de nuestro Código de comercio; 615 y 616 C.F.S. de los Obligaciones; 182, 183, 189, y 309 C. alemán de comercio; 215 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Viniendo a los requisitos del acto constitutivo, veamos la razón de ser de cada uno de ellos:

1º) la individualización de los partícipes del acto es esencial para evitar confusiones de homónimos que podrían concurrir al otorgamiento del mismo acto. No basta el nombre y el domicilio de cada uno, sino también su edad, estado, profesión y nacionalidad, como datos complementarios de su individualidad. La fuente de nuestro artículo agrega el nombre del padre de cada socio, elemento que omitimos por innecesario, ahora que con la cédula de identidad, que el Escribano puede exigir si no conoce a los comparecientes, suple con ventaja la indicación del progenitor de cada otorgante.

Agrega el Nº 1) de nuestro artículo que también debe constar el número de acciones suscritas por cada socio, porque como lo preceptúa el art. 1655, para que la sociedad se constituya se requiere que el capital social se haya suscrito por entero, lo que resultará evidente de la suma de las acciones suscritas.

2º) Cuanto a la denominación de la sociedad ha de bastar lo que dejamos dicho en la apostilla a nuestro art. 1654.

La sede de la sociedad debe ser el lugar donde su dirección o administración tiene su asiento, conforme con lo preceptuado por el art. 109 del presente Código, si en sus Estatutos o en la autorización que se le dió no hubiese fijado domicilio. Esta decisión resuelve la duda suscitada acerca de lo que debe entenderse por "sede social", cuando la sociedad tiene su principal establecimiento, sus almacenes y depósitos en un lugar; y en otro el local donde se reunen sus asambleas y directorio, y funcionan su dirección y organización administrativa para la conclusión de su negocios.

Refiriéndose a esta hipótesis, Giancarlo Fré se decide por la doctrina de nuestro art. 109, porque si tuviese que resolverse esa duda por la ubicación del patrimonio, la cuestión quedaría sin solución, porque sería menester establecer cuál de los diversos bienes de una sociedad sea el más importante para concluir que la sede social es el lugar donde éstos se hallan.

3º) Aun cuando el presente número se reduce a la escueta enunciación del "objeto" de la sociedad, sin exigir que se lo indique por la calidad y especie de los negocios contemplados como fines de ella, tal como reza el inc. 2º del art. 89 del C. italiano de 1882, ya derogado, enseña G. Fré que debe ser suficiente para dar una orientación relativa a las operaciones de la sociedad y establecer los límites de los poderes de sus órganos representativos. No bastaría así, por su amplitud e indeterminación, que, como objeto, se enunciasen propósitos generales, como por ejemplo: la agricultura, o la ganadería, la industria, el comercio, etc., sin especificar precisiones auxiliares referentes o una categoría o ramo particular de la actividad económica, de las que pueda inferirse los límites de los poderes de sus representantes o administradores.
4º) El monto del capital suscrito e integrado es el conjunto de bienes muebles o inmuebles que, siendo fuentes de renta, aportan los socios para que la sociedad pueda desarrollar la actividad económica que constituye su objeto. La atribución de un valor en dinero a dichos bienes permitirá señalar a cada socio el monto de su cuota cifrado en un número de acciones correspondientes al valor de su aporte. Gracias a este procedimiento podrá, en un momento dado, la sociedad comparar su capital inicial con el existente en dicho instante, y verificar si el ejercicio ha dado resultados activos o pasivos, o sea si ha ganado o ha perdido, salvo los aumentos o disminuciones del capital por deliberación de los socios.
5º) La repartición de utilidades debe ser objeto de estipulaciones del acto constitutivo. En principio las acciones confieren derechos iguales a sus poseedores para la percepción de una cuota de las utilidades arrojadas por los balances de cada ejercicio. Mas nada obsta a que los socios convengan en crear categorías de acciones que confieran derechos distintos, o en dar participación en las utilidades a los administradores a título de compensación por su actividad al frente de los negocios sociales, o en separar una suma de las utilidades para constituir fondos de reserva, destinados a un determinado empleo.
6º) El Nº 9) de nuestro artículo no limita el número de administradores. Como se verá más adelante puede el acto constitutivo limitarlo entre un máximum y un mínimum, de modo que la sociedad, en el curso de su desarrollo, pueda aumentar su número o disminuirlo, según el curso de sus negocios.
El acto constitutivo debe expresar el nombre de los administradores nombrados en dicha ocasión. Su omisión no será causa de nulidad del acto, pero la sociedad no podrá iniciar su actividad en tanto los socios no provean su nombramiento. En el mismo acto se establecerá quién de los administradores nombrados tendrá la representación de la sociedad respecto de terceros. También podría estatuirse que todos los administradores conjuntamente o dos de ellos tendrán su representación.
6º) También se proveerá por el acto constitutivo no sólo el número de los miembros del colegio de síndicos y sus nombres. Omitida la expresión de su número, podrá inferírselo del nombre de los componentes de dicho colegio.
7º) El acto constitutivo de una sociedad por acciones no puede inscribirse en el Registro respectivo si no expresase el tiempo de su duración. Su omisión no aparejaría la nulidad del acto, porque bien podría suplírsela con una deliberación de los socios, ya que éstos pueden decidir de la prórroga o de la disolución anticipada de la sociedad.
Hasta aquí la ley fija los elementos genéticos de la sociedad por acciones, los cuales, en relación a la vida o actividad posterior de ella, sólo tienen un valor histórico. Mas el in fine de nuestro artículo, agrega que: **"El estatuto que contiene las normas relativas al funcionamiento de la sociedad, aun cuando constituya objeto de acto separado, se considera parte integrante del acto constitutivo y debe ser unido a éste"**. Estos estatutos rigen la vida de la sociedad y disciplinan como ley privada, las relaciones de los accionistas con la sociedad. Su incorporación al acto constitutivo, les conferirá carácter contractual, y su inscripción en el Registro respectivo permitirá a los terceros conocer los límites de la responsabilidad patrimonial de la sociedad por los actos que en su nombre y representación celebren sus administradores o apoderados, y definir los alcances de sus relaciones contractuales con ella.
El art. 292 de nuestro Código de Comercio agrega por sus incisos 3º, 6º y 7º algunos requisitos omitidos por el artículo sub examen. Consideramos que los fundadores de una sociedad por acciones son libres de estipular las bases para la formación de los balances, las facultades de la asamblea general y las condiciones para la validez de sus resoluciones; y si las acciones han de ser nominativas, endosables o al portador, sin que por ello se afecte la validez del acto

Art. 1657. — Para proceder a la constitución de una sociedad es necesario:

1) que se haya suscrito por entero el capital social;

2) que hayan sido depositados en el Banco del Estado al menos las tres décimas partes de las aportaciones en dinero;

3) que ninguna ley especial se oponga a su constitución, en relación a su objeto particular.

Las sumas depositadas a tenor del Nº 2 del parágrafo anterior deben ser entregadas a los administradores si prueban que se ha realizado la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas. Si transcurrido un año computado desde la fecha del depósito la inscripción no ha tenido lugar, las sumas indicadas deben ser restituídas a los suscritores.

Ver: art. 2329 C. italiano; 131 y 133 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 318 de nuestro C. de comercio; 622 C.F.S. de las Obligaciones; 210 C. alemán de comercio; 1, 24, 25 y 30 Ley francesa de sociedades; 235 y 236 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La suscripción integral del capital es estipulación esencial del acto constitutivo, la cual es inseparable de las otras estipulaciones del mismo acto.
El depósito de los tres décimos de las aportaciones, lo es igualmente. Varía, según los códigos. Así, el inc. 3º del art. 318 de nuestro C. de Comercio sólo exige el depósito del 10% del capital suscrito en dinero efectivo. El inc. 2º del art. 622 del C.F.S. de las Obligaciones exige la prueba de haberse oblado el quinto al menos del monto suscrito por cada accionista. El art. 236 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades lo aumenta al 25% del valor nominal de cada acción suscrita que sea pagadera en dinero efectivo.
La autorización gubernativa, omitida por el art. 2329 del C. italiano, es tradicional en nuestro derecho, por lo que nos apartamos en este punto de la fuente del presente artículo, pues, basta con lo dispuesto en el art. 110 del presente Código.
Se alega en favor de la supresión de la autorización gubernativa el respeto al principio de la libertad contractual, que el presente Código consagra a igual que el Código italiano de 1942. Sólo que nos separa una discrepancia, en cuanto distinguimos en la creación de la persona jurídica de Derecho privado dos momentos: 1º) la formación material de la sociedad por el acuerdo de una pluralidad de personas que destinan una parte de su patrimonio a la formación del patrimonio de la entidad así formada, sobre las bases de estipulaciones libremente concertadas en los límites permitidos por la ley; y 2º) la autorización para

funcionar con aprobación de sus Estatutos por el Poder Ejecutivo, de conformidad con nuestro artículo 110, no porque el Estado le sea dado crear la personalidad ya creada por el hecho de la asociación con carácter de ente autónomo, conforme con nuestros arts. 1590 y 1591, sino porque detentando el Estado la facultad de policiar lo ilícito frente a lo lícito, es de su exclusiva competencia, misión propia suya, otorgar eficacia constitutiva al contrato social y estatutos de las sociedades por acciones que pretendan funcionar como tales en la vida de relación.
Por otros fundamentos, Ferrara defiende la legitimidad de la autorización gubernativa (ver autor cit. Teoría de las Personas Jurídicas, Nº 110, pág. 747, versión castellana de Ovejero y Maury; Pardessus, opus cit. t. III, Nº 1040. pág. 137 y ss.; Alauzet, opus cit. t. II, Nº 727, pág. 614; Bravard-Veyrrieres opus cit. t. L, pág. 342; Lyon-Caen y Renault, opus cit. t. II, Nº 728, pág. 72; Michoud, opus cit. t. II, Nºs 303, 304 y ss., pág. 293 y ss.; y sobre el desarrollo histórico de la concesión del Estado, ver Salelles **De la Personalité Juridique**, págs. 62, 204, 224, 313, 596, 619 nota 1, 633 y 634, 2t edición).

Ar. 1658. — El Escribano que ha autorizado el acto constitutivo debe depositar dentro de los treinta días en la oficina del registro de las empresas, con los documentos que comprueben el ingreso de las décimas partes en dinero y, en cuanto a las aportaciones en especie, la relación indicada en el art. 1671, así como las eventuales autorizaciones para la constitución y funcionamiento de la sociedad.

Si el Escribano o los administradores no proveen al depósito del acto constitutivo y de los anexos, dentro del término indicado en el parágrafo anterior, cada socio podrá proveer a ello a costa de la sociedad o hacer condenar a los administradores a realizarlo.

El Juez, verificado que sea el cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley para la constitución de la sociedad y el Decreto del Poder Ejecutivo por el que se autorice su funcionamiento, ordenará la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas.

Ver: art. 2330 C. italiano; 91, 92, 94 y 95 del C. italiano de comercio de 1882, ya obrogado; 293 de nuestro C. de comercio; 1º de la ley francesa del 4 de marzo de 1943; 8, 9, 10 y 11 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Aunque sin análogo antecedente en nuestro Código de Comercio, salvo lo estatuido en su art. 293 respecto de la toma de razón en el Registro Público de Comercio de los contratos de todas las sociedades mercantiles, la verdad es que esta inscripción tiene lugar por la presentación de la respectiva escritura pública al Juzgado de Comercio después de aprobados los Estatutos de la sociedad anónima por el Poder Ejecutivo, para lo cual, los interesados deben acompañar su solicitud dirigida al Ministerio del Interior con la boleta de depósito en el Banco de Estado del 10% del capital suscrito en dinero efectivo por los socios fundadores.
La autorización para funcionar solicitada del Poder Ejecutivo es prescripta por el art. 45 del C. argentino, según el cual: "**Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el Gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa**". Traída esta disposición del art. 305 del Esboço de T. de Freitas, fue en cierto modo trasegada al art. 405 del C. de comercio argentino de 1859, y posteriormente al art. 317 de nuestro C. de comercio. Y aun cuando aquel precepto consagra una doctrina que hemos rechazado, porque según ella, la vida jurídica de la sociedad, como ente autónomo del derecho, es una verdadera concesión del Estado, que crea un derecho nuevo, y no un derecho preexistente, cual es el derecho a la personalidad de la sociedad, distinta de sus miembros y de los terceros, estatuido por nuestros arts. 1590 y 1591, ha sido inveteradamente observado en la práctica, de suerte que siendo así el artículo sub examen no es una novedad de nuestro derecho.
La creación de la personalidad jurídica por el Estado sólo puede darse respecto de los entes autónomos del Derecho Público, como directa emanación de la ley especial que los organiza.

Art. 1659. — De las operaciones realizadas en nombre de la sociedad antes de su inscripción, son ilimitada y solidariamente responsables respecto de terceros aquéllos que las han autorizado.

La emisión y venta de acciones antes de la inscripción de la sociedad son nulas.

Ver: art. 2331 C. italiano, menos su parágrafo primero; 137 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 330 de nuestro Código de comercio; 623 C.F.S. de las Obligaciones; 200 C. alemán de comercio; 286 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La primera parte del art. 2331 del Código italiano estatuye que: "**Con la inscripción en el registro la sociedad adquiere la personalidad jurídica**", decisión que no condice con la doctrina del presente código pues, como ya lo hemos explicado en apostillas anteriores, la creación de la personalidad jurídica es anterior a la autorización para funcionar del P.E., y siendo así no se comprende que la subordinemos a su inscripción en el registro de las empresas, cuando siendo meramente **declarativos** los efectos de dicha inscripción, se retrotraen al día de la constitución de la sociedad, razón por la cual se convalidan los actos celebrados en el tiempo intermedio en nombre y representación de la sociedad, siquiera con la responsabilidad ilimitada y solidaria de los que los autorizaron. Tales son las razones por las cuales nos apartamos en este punto de la fuente del presente artículo. La inscripción en el registro no mira sino a la publicación del acto respecto de terceros. La doctrina italiana confiere efecto constitutivos a la inscripción, pero no explica la convalidación de los actos que en nombre de la sociedad se celebraron en el tiempo intermedio. Para cohonestar esta contradicción arguye G. Fré que siendo constitutiva la inscripción se crea, respecto de los actos anteriores a ella, una situación análoga a la del negocio condicional o sea de un acto subordinado a la condición suspensiva de que la inscripción tenga lugar en el término de un año establecido por el art. 1658 del presente Código. Si tal fuese la explicación admitida, no se comprendería que la ley imponga a los que autorizaron los actos anteriores a la inscripción una responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de terceros, pues de ser condicional la validez de dichos actos, sería igualmente condicional dicha responsabilidad y nadie osaría contratar sobre los actos preparatorios,

como el otorgamiento de la escritura pública (ver autor y opus cits. pág. 77 y ss.; Grandi, Relazione al Re, Nº 946, pág. 642).
La prohibición de emitir y vender acciones antes de la inscripción, estatuida por nuestro artículo, significa que la emisión y venta hecha en violación de este precepto, son nulas. Esta nulidad es sanción penal de la ley civil que los doctrinadores italianos fundan en que es inconcebible que un ente que no ha empezado a existir pueda emitir acciones. No compartimos este punto de vista, pues, lo que no se explicaría es que terceros, ignorantes del acto constitutivo y de los Estatutos sociales puedan adquirir válidamente acciones vendidas por los fundadores, sin exponerse a ser víctimas de engaños o trapacerías concebidas para defraudarlos. La ley no puedo exponer a los terceros de buena fe a una explotación semejante, razón por la cual subordina la validez de la emisión y venta de acciones a la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas.
La prohibición de transmitir la propiedad de acciones antes de la inscripción de la sociedad en el registro se halla limitada por el art. 330 de nuestro Código de comercio a las acciones nominativas, de suerte que siendo así, sería permitida la transmisión de la propiedad de las acciones al portador, aunque el suscritor no haya terminado de pagarlas, o aun cuando por una estipulación del acto constitutivo se hubiese subordinado su transferencia a restricciones, como la de su previa oferta a los directores. Sin la inscripción previa del acto constitutivo y los Estatutos en el registro, los terceros de buena fe estarían a merced de todo género de mentira. A evitar los perjuicios que así puedan ocasionarse mira la prohibición de nuestro artículo, extendida a la transmisión de acciones nominativas o al portador.

Art. 1660. — Realizada la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas, la declaración de nulidad del acto constitutivo no perjudicará la eficacia de los actos realizados en nombre de la sociedad.

Los socios no quedan liberados de la obligación de hacer sus aportaciones mientras no sean satisfechos los acreedores sociales.

La sentencia que declare la nulidad nombrará a los liquidadores.

La nulidad no puede ser declarada cuando la causa de ella ha sido eliminada por efecto de una modificación del acto constitutivo inscrita en el registro de las empresas.

Ver: art. 2332 C. italiano. Sin correspondencia en la legislación anterior.
Contempla el presente artículo la declaración de nulidad del acto constitutivo, ya se trate de un acto absolutamente nulo o solo anulable.
Tendrá aplicación este precepto: 1) en el caso de que la acción promovida se funde en uno de los vicios de la voluntad, o en una simulación, iniciada antes de la inscripción de la sociedad en el registro, siquiera concluída en virtud de una sentencia publicada con posterioridad a ella; 2) en el caso de que la acción se funde en la incapacidad del actor; 3) en el caso de que subsista una causa de nulidad objetiva del acto constitutivo, como por ejemplo: a) la falta de uno de los requisitos esenciales del acto constitutivo; b) vicio formal del proceso constitutivo del acto, como sería la incompetencia del Escribano; c) ilicitud o imposibilidad de su objeto; d) no conformidad del acto constitutivo y de los Estatutos con normas imperativas de la ley.
El presente artículo es una excepción a lo dispuesto en el In fine de nuestro art. 678, según el cual la nulidad absoluta no puede confirmarse.
Como el in fine del presente artículo no dice que todas las causas de nulidad pueden ser eliminadas, debe entenderse que sólo pueden ser eliminadas aquellas causas de nulidad que una modificación del acto constitutivo puede hacer desaparecer, como la ilicitud del objeto de la sociedad. No podría suprimirse la causa de la nulidad si se tratara de la incompetencia del Escribano.
Cuanto a los efectos de la sentencia, nuestro artículo estatuye en su parágrafo 1º) que la declaración de nulidad posterior a la inscripción del acto constitutivo no perjudica la eficacia de los actos cumplidos en nombre de ella; en el 2º) dispone que los socios no quedan liberados de la obligación de hacer sus aportaciones mientras los acreedores sociales no sean satisfechos; y en el 3º) agrega que la declaración de nulidad del acto constitutivo tiene por consecuencia la liquidación del patrimonio social.
Mientras la sentencia de nulidad no sea declarada, la sociedad vivirá como putativamente válida. No sólo serán válidos los actos cumplidos en nombre de ella, sino también las deliberaciones de sus asambleas y de su consejo de administración. Los órganos de la sociedad funcionarán así normalmente. G. Fré, —a quien seguimos fielmente— juzga de sabia esta decisión, porque si los actos cumplidos en nombre de la sociedad fuesen nulos, o pudiesen ser anulados después de declarada la nulidad del acto constitutivo, la sociedad constituiría un verdadero peligro para la economía, en cuanto la sentencia proyectaría sus nefastas e irreparables consecuencias sobre muchas operaciones, algunas de grande importancia, y afectaría a numerosas personas y empresas. (ver autor y opus cits. pág. 92).

CAPITULO II

De la constitución mediante suscripción pública.

Art. 1661. — La sociedad puede también ser constituída por medio de suscripción pública, sobre la base de un programa que indique su objeto y el capital, las principales disposiciones del acto constitutivo, la eventual participación que los promotores se reservan en las utilidades y el término dentro del cual debe ser estipulado el acto constitutivo.

El programa con las firmas auténticas de los promotores, antes de ser hecho público, debe ser depositado en el registro de un Escribano.

Las suscripciones de las acciones deben resultar de acto público o de escritura privada autenticada. El acto debe indicar el nombre y apellido,

nacionalidad, estado, profesión y domicilio del suscritor, el número de las acciones a que se suscribe y la fecha de la suscripción.

Ver: art. 2333 del C. italiano; 129 del C. italiano de 1882, ya abrogado; 320 de nuestro C. de Comercio; 219 y 221 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El presente artículo contempla un caso de oferta hecha al público. No requiere otra explicación que la resultante de su propio texto.

Art. 1662. — Reunidas las suscripciones, los promotores, por carta certificada o en la forma prevista en el programa, deben señalar a los suscritores un término no superior a un mes para hacer el depósito prescrito por el Nº 2) del art. 1657.

Transcurrido inútilmente este término, podrán los promotores accionar contra los suscritores morosos o liberarlos de la obligación que asumieron. Cuando los promotores ejerzan esta facultad, no podrá procederse a la constitución de la sociedad antes de que hayan sido colocadas las acciones que aquellos habían suscrito.

Salvo que el programa establezca un término distinto, los promotores, en los veinte días siguientes al término fijado para el depósito prescrito por el parágrafo 2) del art. 1657, deben convocar la asamblea de los suscritores mediante carta certificada, que deben enviarse a cada uno de ellos al menos diez días antes del fijado para la asamblea, con la indicación de las materias, objeto de la convocatoria.

Ver: art. 2334 C. italiano; 132 y 134 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado, 223 y 226 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 322 y 323 de nuestro C. de comercio.
Como el artículo precedente, tampoco esta vez hace falta otra explicación que la resultante de su texto.

Art. 1663. — La asamblea de los suscritores:

1) verifica el cumplimiento de las condiciones exigidas para la constitución de la sociedad;

2) decide sobre el contenido del acto constitutivo;

3) decide sobre la reserva de participación en las utilidades hecha a favor de los promotores;

4) nombra los administradores y los miembros del colegio de síndicos.

La asamblea se constituye válidamente con la presencia de la mitad de los suscritores. Cada suscritor tiene derecho a un voto, cualquiera sea el número de las acciones a que se haya suscrito, y para la validez de las deliberaciones se requiere el voto favorable de la mayoría de los presentes.

Sin embargo, para modificar las condiciones establecidas en el programa es necesario el consentimiento de todos los suscritores.

Ver: art. 2335 C. italiano; 134 y 156 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 227 y 229 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. El art. 227 de este Anteproyecto confiere a cada suscritor tantos votos como número de acciones haya suscripto e integrado Cuanto a los asuntos del orden del día, su art. 229 incluya otros no contemplados en el 2335 del C. Italiano, al que seguimos fielmente, pues, juzgamos que los enumerados del 1) al 4) del presente artículo bastan para garantizar a los suscriptores contra cualquiera maniobra de los promotores que conspire contra sus intereses.

Art. 1664. — Realizado todo lo prescrito en el artículo anterior, los que intervengan en la asamblea, aunque sea en representación de los suscritores ausentes, estipularán el acto constitutivo que debe ser depositado para su inscripción en el registro de las empresas a tenor del art. 1658.

Ver: art. 2336 C. italiano; 136 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 230 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Explicando G. Fré por qué la fuente de nuestro artículo limita a un voto el sufragio de cada suscritor, dice que en el presente caso no interviene él, como socio, sino sólo como contrayente, y esto para expresar su consentimiento que no puede ser plural.
Al estatuir el artículo anterior que para modificar las condiciones establecidas en el programa se requiere el consentimiento de todos los suscritores, no provee la manera de hacer constar el voto de los suscritores ausentes. Juzga G. Fré que en esta hipótesis la asamblea debe ser diferida para hacer posible la intervención de todos los suscritores, incluso los ausentes, los cuales pueden hacer llegar la expresión de su voluntad por una declaración hecha ante Escribano.
No agregándose ninguna disposición de carácter procesal, estima nuestro autor que pueden aplicarse las disposiciones relativas a la asamblea de socios, como por ejemplo, la elección de un presidente y un secretario de la asamblea, a la cual podrán concurrir los ausentes por medio de un apoderado que no sea uno de los promotores.
Limitada la glosa a este precepto a una superflua repetición de su texto, optamos por remitir al lector a su texto escueto.

CAPITULO III

De los promotores y de los socios fundadores

Art. 1665. — Son promotores aquellos que en la constitución por suscripción pública han firmado el programa a tenor del apartado segundo del art. 1661.

Ver: art. 2337 C. italiano; 219 in fine del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. Aun definida así la función de los promotores, no determina cuál sea su figura jurídica, omisión suplida por la doctrina. Dos son las teorías concebidas para explicarla: la primera, según la cual los promotores estipulan con los suscriptores una serie de contratos a favor de la sociedad; y la segunda, según la cual debe reconocerse en la constitución de la sociedad un caso de gestión de negocios en interés de una persona futura. Scialoja, sostenedor de esta teoría entiende que la relación así nacida entre promotores y suscritores es la de un contrato preliminar bilateral en el interés de la sociedad que va a constuirse. Le prestan su adhesión Coviello y G. Fré, según los cuales debe así desahuciarse la doctrina de los que afirman que las suscripciones constituyen un complejo de obligaciones unilaterales. (ver G. Fré, opus cit. pág. 104 y ss.).

Art. 1666. — Los promotores son solidariamente responsables ante los terceros por las obligaciones asumidas para constituir la sociedad.

La sociedad está obligada a relevar a los promotores de las obligaciones asumidas por ellos y a reembolsarles los gastos que hubieren hecho, siempre que hayan sido necesarios para su constitución o hayan sido aprobados por la asamblea.

Si por cualquier razón la sociedad no se constituyese, no podrán los promotores dirigirse contra los suscriptores de las acciones.

Ver: art. 2338 C. italiano; 126 y 138 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 232 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; 324 de nuestro C. de comercio.
La comparación del art. 324 de nuestro C. de comercio con el artículo sub examen permitirá ver hasta qué punto se lo modifica al presente, pues, en tanto aquél sólo abre a los fundadores las vías de una acción recursoria, si hubiere lugar, contra la sociedad por los gastos que hubieren soportado hasta su constitución definitiva, como obligados solidaria e ilimitadamente a responder de dichos gastos, el presente artículo obliga a la sociedad ya constituída a asumir dichas obligaciones y a reembolsar a los promotores los gastos que hubieren hecho, siempre que dichos actos hayan sido necesarios para su constitución o hayan sido aprobados por la asamblea.
Si la sociedad no se constituye definitivamente, la decisión de ambos preceptos es en substancia la misma, pues, en tanto el 324 de nuestro C. de comercio pone al exclusivo cargo de los promotores los gastos y consecuencias de los actos practicados con ese fin, el in fine del presente artículo preceptúa que en tal hipótesis no podrán ellos dirigirse contra los suscriptores de acciones, y ocioso es que tampoco podrán ejercer su acción recursoria contra la sociedad que no ha nacido.
Los terceros no pueden dirigir su acción contra la sociedad para cobrar las deudas contraidas por los promotores con mira a la constitución de la sociedad.
No constituyéndose la sociedad y obligados los promotores a soportar los gastos hechos, sin recurso contra los suscriptores, contribuirán a prorrata al pago de dichas deudas, porque la solidaridad legal estatuida por el parágrafo 1º de nuestro artículo es sólo respecto de terceros. Los coobligados solidaria e ilimitadamente responsables, dividirán, en sus relaciones internas, las deudas según la regla concursus partes fiun, salvo pacto en contrario.

Art. 1667. — Los promotores son solidariamente responsables para con la sociedad y los terceros:

1) por la suscripción integral del capital social y por los desembolsos exigidos para la constitución de la sociedad;

2) por la existencia de las aportaciones en especie de conformidad con la relación jurada indicada en el art. 1671;

3) por la veracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público para la constitución de la sociedad.

Son igualmente responsables para con la sociedad y los terceros aquellos por cuenta de los cuales los promotores han actuado.

Ver: art. 2339 C. italiano; 324 parágrafo 3º de nuestro C. de comercio; 233 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
También en este caso se da una reforma ampliatoria del parágrafo 3º de nuestro Código de comercio, fácil de ver por su confrontación con el presente artículo, el cual, como su fuente, es, por su mayor precisión, novedad de la compilación italiana de 1942, en relación al art. 126 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado.
Difícil será que se ofrezca la hipótesis del Nº 1 de nuestro artículo, pues, el Escribano deberá verificar personalmente que el íntegro capital se halla regularmente suscripto e integrado, a la vista de la nota de depósito del décimo hecho en el Banco de Estado.
La responsabilidad por la existencia de las aportaciones en especie mira a prevenir casos en que dichos bienes hayan parecido o no existan al tiempo de la constitución de la sociedad. La doctrina enseña que esta

responsabilidad se extiende no sólo al caso de perecimiento o inexistencia de los bienes aportados en especie, sino también a los casos de que los bienes así aportados no pertenezcan al suscriptor o que estén gravados.
La responsabilidad por la veracidad de las publicaciones hechas para la constitución de la sociedad, se explica por la necesidad de prevenir cualquier engaño o mentira empleados para inducir al público a suscribir acciones.
El in fine de nuestro artículo es una excepción al principio general según el cual los terceros no tienen relación alguna con el mandante cuando el mandatario obra en su propio nombre, caso en el cual adquiere derechos y contrae obligaciones derivadas de los actos cumplidos con terceros, siquiera éstos hayan tenido conocimiento del mandato, como lo dispone nuestro art. 1454.
La sociedad o el tercero que entienda fundarse en este precepto deberá producir la prueba de que el promotor obró "por cuenta" y en interés de otra persona a quien deberán devolverse las ventajas y hacerse cargo de los gastos anexos a la constitución de la sociedad. Deberá además darse la prueba de que entre promotor y su mandante existía un acuerdo por el que aquél se ha obligado a ceder a éste el beneficio de la operación, con la obligación correlativa de tenerle indemne de los gastos que no le fuesen reembolsados por la sociedad.

Art. 1668. — Los promotores pueden reservarse en el acto constitutivo, independientemente de su calidad de socios, una participación no superior en su conjunto a la décima parte de las utilidades netas resultantes del balance y por un período máximo de cinco años.

No pueden estipular en ventaja propia otro beneficio.

Ver: art. 2340 C. italiano; 127 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 321 de nuestro C. de comercio; 234 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El presente artículo trasiega substancialmente lo dispuesto por el art. 127 del C. italiano de comercio de 1882, en forma más sintética y precisa. Mas, comparado con el art. 321 de nuestro C. de comercio por el que se permite a los promotores o fundadores reservarse hasta un máximum de diez por ciento del capital, la reforma es radical, pues, nuesro artículo sólo la permite hasta un máximum de la décima parte de las utilidades netas resultantes del balance y por la mitad del tiempo fijado por el art. 321 de nuestro C. de comercio.
Conforme con esta limitación de las ventajas que los promotores pueden reservarse, estatuye el art. 234 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades que dichos promotores o fundadores no pueden percibir ningún beneficio que menoscabe el capital social. Sólo puede adjudicárseles bonos crediticios de participación, no corporativos y sin valor nominal, que no revisten caracter de acciones, y por tanto no forman parte del capital ni conceden el estado de socio (art. 302).

Art. 1669. — Las disposiciones del artículo anterior se aplican también a los socios que en la constitución simultánea o en la constitución por suscripción pública estipulan el acto constitutivo.

Ver: art. 2341 C. italiano; sin antecedente en la legislación anterior. Resuelve el presente artículo la duda suscitada en Italia bajo la vigencia del Código de comercio de 1882 acerca de la cuestión de saber si podía existir promotores en las sociedades anónimas de constitución simultánea.
Dado que el art. 321 de nuestro C. de comercio no emplea la palabra "promotor", sino "fundador" sin referencia a los que lo son de las sociedades constituídas por suscripción o de fundación simultánea, aquella duda es ajena a nuestro derecho tradicional. Con todo hemos optado por reproducir literalmente el art. 2341 del C. italiano de 1942 por supérfluo que pueda parecer.

CAPITULO IV

De las aportaciones

Art. 1670. — Si en el acto constitutivo no se ha establecido otra cosa, la aportación debe hacerse en dinero.

En cuanto a las aportaciones de bienes en especie y de créditos se observarán las disposiciones de los arts. 1578 y 1579.

Ver: art. 2342 C. italiano; sin antecedente en nuestro C. de comercio, salvo lo dispuesto en el inc. 3º del art. 318, según el cual es requisito esencial de validez del acto constitutivo de las sociedades anónimas que "los suscriptores hayan abonado el diez por ciento del capital suscripto en dinero efectivo...", lo que no excluye que al favor de la libertad de contratación se estipule en el mismo acto que el saldo se pagará por la transferencia de bienes en especie o en créditos. Análoga es la decisión del art. 619 del C.F.S. de las Obligaciones, según el cual los accionistas pueden hacer sus aportes no sólo en dinero efectivo, sino también en bienes, incluso el activo y pasivo de otra sociedad o establecimiento, y en fin en todo lo que tenga un valor pecuniario (ver: Schneider y Fick, opus cit. t. II, b), pág. 95).
No otra es la doctrina de nuestro artículo, igualmente favorable a la libertad de contratación, dentro de los límites fijados por la ley. Así, los suscriptores deben oblar en dinero al menos los tres décimos de su aporte, pudiendo integrar el saldo por la transferencia a la sociedad de bienes en especie o en créditos con tal que tengan un valor en sí porque la cifra que representa el capital debe ser igual al valor total de los aportes iniciales del socio.
Preguntándose si el suscriptor podría obligarse a pagar el valor de sus acciones por la transferencia de una cosa futura, propende la doctrina a admitirlo siempre que se trate de una cosa que existirá ciertamente, como una máquina o un barco que está construyéndose. Se excluye la admisión de un bien que existirá sólo si se verifica una determinada condición, como por ejemplo si el suscriptor obtiene licencia para hacer uso de cierta patente o si consigue la materia prima. Tampoco sería admisible la promesa de transferir

en pago de las acciones la cosa de otro, por mucho que pueda arguirse que la ley permite la venta de la cosa ajena.
En la vida jurídica italiana no es infrecuente que para transformar una empresa individual en sociedad por acciones, se aporte la propia empresa (**azienda**). Es una manera de obtener nuevos capitales adecuados al desarrollo de la propia empresa de quien deseando retirarse de la actividad mercantil, después de haber trabajado largos años, aspira a asegurarse el beneficio de la responsabilidad limitada.
En la transferencia de una empresa el adquirente asume la responsabilidad del pasivo anterior a la transferencia, resultante de sus libros de contabilidad. Dado el principio de la integración del patrimonio inicial de la sociedad el valor de los bienes transferidos debe corresponder al valor nominal de las acciones a que el empresario se ha suscripto. Siendo así ese valor será el resultante de la diferencia entre el activo y el pasivo de la empresa.
También es admitido que el aporte de un suscriptor de acciones sea integrado por la cesión de la clientela de una empresa, entendida por tal el conjunto de personas o de clientes con que la misma empresa cuenta habitualmente para la adquisición de determinadas mercaderías o para obtener determinados servicios.
Planteada la cuestión de saber si es posible aportar como bien de valor económico el nombre o razón social de una empresa, convienen los doctrinadores que ello es posible, pero no separadamente de la empresa. El art. 300 de nuestro C. de comercio estatuye que: "**La razón social o denominación de cada sociedad, que deberá ser claramente distinguida de la de cualquier otra, constituye una propiedad suya y no puede ser adoptada por ninguna otra**". Se entiende que de esta protección no gozan las sociedades no registradas. Infiérese de aquí que si la propiedad es un derecho real que está en el comercio, y si la razón social o denominación de una sociedad es propiedad suya, elemental es que sea valuable en dinero, y pueda cederse como aporte de una sociedad por acciones. Lo que el in fine del art. 300 de nuestro Código de Comercio prohibe es la usurpación o adopción fraudulenta de una razón social ajena.
Dado lo preceptuado por el parág. 2º del art. 1579 del presente Código, no se discute que también pueda aportarse al capital de una sociedad por acciones el goce de una cosa, sólo que en este caso la aportación debe hacerse por un tiempo determinado que por lo regular debe coincidir con la duración de la sociedad, siquiera por el presente código el usufructo y el uso de una cosa sea limitado a un máximum de treinta años. Mas constituyendo un negocio la aportación del goce de una cosa, no le es aplicable por analogía la limitación relativa a la duración del usufructo. Si la duración del goce coincida con la duración de la sociedad, terminará con ésta, aun cuando la duración de la sociedad sea prorrogada.
En la sociedad por acciones no puede aportarse un servicio personal o una obra en pago de acciones, como puede hacerse en una sociedad simple, o en una sociedad colectiva o en comandita simple.

Art. 1671. — Quien aporte bienes en especie debe presentar la información jurada de un perito designado por el Juez, que contenga la descripción de los bienes aportados, el valor atribuído a cada uno de ellos y los criterios de valoración seguidos. La relación debe ser anexada al acto constitutivo.

Los administradores y los síndicos, dentro del término de seis meses computados desde la constitución de la sociedad, deben verificar las valoraciones contenidas en la relación indicada en el parágrafo anterior y, si existen motivos fundados, deben proceder a la revisión de la estimación. Mientras las valoraciones no hayan sido verificadas, las acciones correspondientes a las aportaciones en especie son inalienables y deben quedar depositadas en la sociedad.

Si resulta que el valor de los bienes aportados era inferior en más de un quinto a aquel por el que tuvo lugar la aportación, la sociedad debe reducir proporcionalmente el capital social, y anular las acciones que resulten en descubierto. Sin embargo, el socio que los aportó puede entregar la diferencia en dinero o separarse de la sociedad.

Ver: art. 2343 C. italiano; sin antecedente en la legislación anterior, ni en nuestro C. de comercio; 237, 244 y 58 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Dado el principio según el cual el capital inicial de la sociedad debe ser integrado, se comprenderá que si la aportación no tiene lugar en dinero, sino en especie, estatuya la ley una doble verificación de su valor real: preventiva la una y revisora la otra, con el objeto de impedir que se emitan acciones por un valor superior al valor real de las cosas aportadas.
Aun cuando nuestro artículo no dice a qué valor debe referirse el perito, propende la doctrina a admitir que sea el valor de la cosa en el momento de su estimación. Tratándose de las cosas que tienen un valor de Bolsa, se lo determinará de conformidad con el parágrafo 2º del art. 1129, y fuera de esta hipótesis, el perito lo estimará en atención a la suma necesaria para adquirirla, y no a la que podría obtenerse vendiéndola en cualquier momento.
Si se tratara de cosa futura, el perito la estimará de conformidad con la descripción que de ella se haya hecho en el acto constitutivo.
Prescrita la segunda verificación dentro de seis meses computados desde la constitución de la sociedad, preceptúa nuestro artículo que los administradores y los síndicos deben, si existen justos motivos, proceder a la revisión de la estimación anterior. Si administradores y síndicos careciesen de conocimientos técnicos para apreciar la valuación hecha por el perito nombrado por el juez, podrán valerse del auxilio de un perito en la materia. Y aun cuando nuestro artículo nada dispone acerca del eventual derecho del accionista a impugnar una injusta o infundada valuación, propende la doctrina a admitir que pueda él recurrir a la autoridad judicial por vía de incidente en instancia única, como también lo auspicia el art. 58 parág. 3º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
En tanto no se hayan agotados los trámites de estas diligencias, las acciones correspondientes a las aportaciones en especie no podrán venderse, y quedarán depositadas en la caja de la sociedad. Esta disposición encuentra su explicación en la manifiesta importancia que tendría, si la valuación del perito resultase excesiva por vía de revisión, la reducción del derecho del socio a un número de acciones menor que aquel al cual él se suscribió y la necesidad consiguiente de impedir que él pueda poner en circulación los títulos que en parte deben anularse.
Si la diferencia de valor es menor del quinto, el accionista tendrá derecho a que se le consignen todos los títulos a que se suscribió. Esta tolerancia de la ley también se explica. Enseña la doctrina que en materia de valuación de bienes nunca es posible una exactitud absoluta. Siendo así, sólo cuando la valuación hecha

por el perito cobra gran importancia, la diferencia es tomada en consideración por el derecho. El capital social debe ser reducido, pero el accionista podrá cubrir la diferencia integrándola con dinero en efectivo, o separarse de la sociedad, si tal cosa no le conviniese.

Art. 1672. — Si el socio no paga las cuotas debidas, los administradores, transcurridos quince días desde la transmisión de un requerimiento por telegrama, pueden hacer vender las acciones a su riesgo y por su cuenta por medio de un agente de cambio o de un instituto de crédito.

Cuando la venta no pueda tener lugar por falta de compradores, los administradores pueden declarar decaído el derecho del socio, o retener las sumas, salvo el resarcimiento de los daños mayores.

Las acciones no vendidas, si no pueden ser puestas en circulación dentro del ejercicio en que se pronunció la caducidad de los derechos del socio moroso, deben ser canceladas con la correspondiente reducción del capital.

Ver: art. 2344 C. italiano; 634 y 635 C.H.S. de las Obligaciones; 219 y 220 C. de Comercio alemán. Sin antecedente en la legislación anterior, ni en nuestro Código de comercio. Ver además arts. 247, 248 y 249 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Substituímos la publicación del requerimiento en el Diario Oficial, estatuida en la fuente de nuestro artículo, por el requerimiento transmitido por telegrama colacionado, tal como lo preceptúa el art. 247 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, porque ningún medio más seguro hay de requerir a un deudor moroso, a la par que por acta notarial, que por la vía de un telegrama colacionado. No siempre el Diario Oficial es regularmente publicado, ni su circulación permite asegurar que pueda llegar a conocimiento del deudor.

Dispone nuestro artículo que si el socio no paga las cuotas debidas, los administradores, transcurridos quince días desde la transmisión de un requerimiento por telegrama colacionado, pueden hacer vender las acciones etc. Infiérese de aquí que no están obligados a hacerlas vender, porque se considera que tal medida podría no convenir a los intereses de la sociedad, y porque bien podría parecer más discreta la vía del juicio ordinario por cobro del importe de las acciones, con más la indemnización de los daños y perjuicios. La venta de las acciones no pagadas por cuenta y riesgo del deudor, es medida análoga a la prescrita por el art. 1122 del presente Código.

La venta de la acción debe hacerse en todo caso, tenga o no un precio corriente, por medio de un agente de cambio o un instituto de crédito. El art. 247, parág. 1º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades preceptúa que la venta deba hacerse por un comisionista de Bolsa o en remate público. Nos apartamos de esta decisión, porque la subasta podría no convenir, dada su publicidad, a los intereses de la sociedad. Propende la doctrina a buscar las vías más discretas para la venta de las acciones.

El adquirente de las acciones deberá pagar, además del precio de compra, el décimo debido por el suscritor, dado que le substituye en sus derechos. La eventual diferencia en más que se obtenga de la venta, será entregada al suscritor, contra restitución de la acción en su poder. Si la acción no es restituída, ella será anulada y substituída por una acción nueva consignada al comprador.

Si la acción no fuese vendida por falta de interesados, podrán los administradores declarar decaído al socio de sus derechos y retener las sumas cobradas, salvo su derecho a los daños mayores.

Las acciones no vendidas, si no pueden ser puestas en circulación dentro del ejercicio en que se pronunció la decadencia de los derechos del suscritor, deben ser canceladas con la correspondiente reducción del capital. Finalmente nuestro artículo destituye al socio moroso de su derecho al voto. Esta sanción, también aplicable al suscritor que prometió el pago en especie, es corolario del principio según el cual el deudor incumplido no puede beneficiarse de la relación en virtud de la cual la prestación es debida.

Art. 1673. — Además de la obligación de las aportaciones, puede el acto constitutivo establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, con determinación de su contenido, su duración, sus modalidades, su compensación y sanciones particulares para el caso de incumplimiento.

Las acciones a las cuales es conexa la obligación de las prestaciones antedichas deben ser nominativas y no son transferibles sin el consentimiento de los administradores.

Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de todos los socios.

Ver: art. 2345 C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior, ni en nuestro Código de Comercio. Trátase de una figura nueva traída de los arts. 212, 216 y 276 del Código alemán de comercio sobre sociedades por acciones con prestación accesoria (Nebenleistung-Aktiengesellschaft) constituídas por ejemplo para la fabricación de azúcar entre productores de remolacha, los cuales, al mismo tiempo de asumir la calidad de socios, se obligan a entregar a la sociedad los productos de sus granjas.

La novedad de esta figura jurídica injertada en el acto constitutivo de una sociedad por acciones consiste en su aparente contradicción con el principio de la responsabilidad limitada, según el cual no es admitido que el acto constitutivo pueda obligar al accionista a una prestación mayor o distinta de aquella a que se obliga al suscribirse a acciones para la constitución del capital social; y con el otro principio según el cual la actividad personal, servicios u obras, no pueden ser objeto de la prestación del accionista, dado que la función de garantía que la ley asigna al patrimonio de la sociedad exige que sea constituído de bienes con un valor actual realizable, suceptible de una valuación en dinero, valuación que no podría hacerse si la prestación consistiese en servicios que han de durar por toda la vida de la sociedad, sin correr el riesgo de ofrecer a los acreedores una garantía meramente verbal. (Vivante, t. II, Nº 429, in G. Fré, opus cit. pág. 145).

Mas la doctrina germánica, acogida por los compiladores del C. italiano de 1942 admite que un accionista, indopendientemente de las obligaciones inherentes a su calidad de tal, pueda obligarse a cambio de

una retribución a cumplir a favor de la sociedad una obra o un servicio o a suministrarle materias primas.
El problema legislativo así suscitado consiste en la conciliación de los mencionados principios rectores de la sociedad por acciones con la exigencia práctica de insertar en el acto constitutivo un contrato por virtud del cual el accionista se obligue a una prestación en suministros, como prestación accesoria de la principal del aporte en dinero contraída por el accionista en pago de las acciones a que se suscribe. Esta prestación accesoria deviene, según la expresión de Wieland, elemento integrante y por tanto indisoluble de la calidad de socio.
La acción a la cual va anexa la obligación de dicha prestación, no es transferible sin el consentimiento de los administradores, el cual podría ser condicionado a la asunción de la obligación del cedente por el cesionario o adquirente de la acción. Y como esta obligación accesoria es puramente personal, deberá el adquirente obligarse expresamente a cumplirla.
La obligación accesoria no debe consistir en dinero. Es la única condición legal. Debe ser cumplida por el accionista y no por otro. Podrá ella tener por objeto el suministro de materias primas, un trabajo autónomo, o derechos nacidos de una invención industrial o derechos futuros de autor. El acto constitutivo deberá especificar su contenido, duración, modalidad, compensación y sanciones particulares para el caso de incumplimiento.

CAPITULO V

De las acciones

Art. 1674. — Las acciones no puede emitirse por una suma inferior a su valor nominal.

Ver: art. 2346 C. italiano; 131 parág. 3º C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 282 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Siendo la acción el título representativo de la cuota de participación del socio en el capital social, y dado que todas las acciones deben ser de un valor igual, la acción es en definitiva una fracción aritmética de dicho capital, establecida en el pasivo del balance de la sociedad.
Como es esencial que se asegure la integridad del capital social, no se comprende que pueda emitirse acciones con un valor nominal superior a la suma del aporte que en dinero o en valor efectivo de bienes debe pagar el suscriptor.
Al contrario, es lícito que las acciones se coticen por una suma mayor que su valor nominal, o sea sobre la par (ver: Garo, opus cit. t. I, Nº 72, pág. 166; G. Fré, opus cit. pág. 157).

Art. 1675. — Las acciones son indivisibles. En el caso de copropiedad de una acción, los derechos de los copropietarios deben ser ejercidos por un representante común. Si éste no ha sido nombrado, las comunicaciones y declaraciones hechas por la sociedad a uno de los copropietarios son eficaces en relación a todos.

Los copropietarios de la acción responden solidariamente de las obligaciones derivadas de ella.

Ver: art. 2347 C. italiano; 170 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 637 parágrafo 5º C.F.S. de las Obligaciones; 279 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La indivisibilidad de la acción corresponde, según G. Fré, al principio general de la indivisibilidad del título de crédito, con el cual presenta puntos de tangencias sin ser propiamente tales (ver: Garo, opus cit. t. I, Nº 69, pág. 160).
Mas la indivisibilidad de la acción no impide que ésta pueda pertenecer en copropiedad a más de una persona, caso en el cual, los derechos derivados del título deben ser ejercidos por un representante común, cuyo nombre podría estar escrito en el propio título. Fuera de esta hipótesis, el representante debe ser acreditado por poder otorgado ante Escribano Público. Si los copropietarios omitiesen designar a su representante, provee nuestro artículo que será eficaz respecto de todos ellos las comunicaciones y declaraciones hechas por la sociedad a cualquiera de dichos copropietarios. Y agrega al final que éstos son solidariamente responsables de las obligaciones derivadas de la acción, como lógica consecuencia de la indivisibilidad de ésta.

Art. 1676. — Las acciones debe ser de igual valor y confieren a sus poseedores iguales derechos.

Se pueden crear, sin embargo, categoría de acciones provistas de derechos diversos en el acto constitutivo o mediante modificaciones sucesivas de éste.

Ver: art. 2348 C. italiano; 164 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 326 de nuestro C. de comercio; 275 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
La igualdad prescrita del valor de las acciones no excluye la posibilidad de emitir títulos múltiples, en los que estén reunidas más de una acción, con el objeto de agilizar su posesión y circulación y eliminar el peso excesivo e inútil de dichas acciones. El poseedor del título múltiple tendrá el mismo derecho que le conferiría un correspondiente número de títulos unitarios. Tendrá igualmente el derecho de pedir el cambio de un título múltiple por títulos unitarios.
Nuestro artículo permite que la sociedad emita categorías de acciones provistas de derechos diversos, sea por estipulación del acto constitutivo o por decisión de asambleas convocadas con tal objeto. Son las acciones llamadas **privilegiadas** o **de preferencia** o **de prioridad** que confieren a sus poseedores un míni-

mum de beneficio anual sobre las utilidades del ejercicio o bien un derecho de preferencia sobre el patrimonio social neto resultante de la liquidación, o ambos derechos a la vez.
Dos son las hipótesis en que las sociedades por acciones pueden emitir acciones privilegiadas: en el caso de resultados negativos de sus negocios, o por el contrario en el de resultados que alienten a sus administradores a acariciar la idea de dar mayor y más venturoso vuelo a sus actividades.
En la primera hipótesis ofrecerá a nuevos inversionistas la suscripción de acciones privilegiadas de garantía particular, sin perjuicio de ofrecer a sus propios accionistas sus acciones privilegiadas, a cambio del pago de una suma de dinero.
En el segundo caso, la invitación a suscribir acciones dirigida a un público más vasto, será atractiva para los ahorradores dispuestos a correr el riesgo inherente a toda empresa comercial que les prometa la atribución de una utilidad permanente y la seguridad de recuperar la suma invertida en la acción de la sociedad al tiempo de su disolución. Así se ofrecen a dichos inversionistas un determinado dividendo del 5% o 6% que se cobrará antes que cualquier otra repartición de las utilidades del ejercicio o bien se les asegura un dividendo superior al que corresponda a los accionistas ordinarios, o se les reserva a las acciones ordinarias todo lo que sobre de las utilidades después de haberse pagado los dividendos que correspondan a las acciones privilegiadas.
Nuestro artículo no fija límites a los beneficios que pueden atribuirse a las acciones privilegiadas, pero prohibido, como está, el pacto leonino, ocioso es que al privilegio atribuido a una categoría de acciones no pueda eliminar los derechos propios de las acciones ordinarias a participar de las utilidades (ver: G. Fré, pus cit. 159 y ss.).

Art. 1677. — En caso de asignación extraordinaria de utilidades a los prestadores de trabajo dependientes de la sociedad, pueden ser emitidas, por un monto correspondiente a dichas utilidades, categorías especiales de acciones que deben asignarse individualmente a los prestadores de trabajo, con normas particulares relativas a la forma, a los modos de transferir y a los derechos correspondiente a los accionistas.
El capital social debe ser aumentado en la medida correspondiente.

Ver: art. 2349 C. italiano; sin antecedente en la legislación italiana anterior, ni en nuestro C. de comercio. Trátase de una novedad legislativa, que no debe confundirse con las "actions de travail" instituídas por la Ley francesa, del 26 de abril de 1917, destinadas a ser propiedad colectiva de todos los empleados de la sociedad, organizados a su vez en "sociedad comercial cooperativa de mano de obra".
Con la emisión de las acciones a que se refiere nuestro artículo, facilita la ley a las sociedades por acciones un acto de liberalidad a favor de prestadores individuales de servicios por la asignación de acciones de capital, obligatoriamente nominativas, que permita beneficiarles con una distribución extraordinaria de utilidades, no en compensación de la labor realizada, sino por vía de premio y generoso estímulo al trabajador a quien se trata de beneficiar, y como propiedad individual de cada uno, nunca como propiedad colectiva de grupo alguno de operarios.
Supone la emisión de tales acciones: una deliberación del acto constitutivo que autorice, mediante una fórmula genérica, la distribución extraordinaria de utilidades a los dependientes de la sociedad; y un aumento correlativo y contemporáneo del capital por decisión de la asamblea de accionistas.
Cuanto a la forma, ya hemos dicho que las obligaciones deben ser todas nominativas, siquiera las acciones ordinarias sean al portador.
Dado el fin perseguido con la emisión de este género de acciones lo más común es que su transferencia no sea consentida exclusivamente a favor de sus singulares beneficiarios, como si fuesen inalienables, en contradicción de la transmisibilidad propia de las acciones. El beneficiario podrá transferirla a otros prestadores de servicios de la misma sociedad, pero con aprobación del consejo de administración, pues se trata de acciones distribuídas gratuitamente, las que no obstante confieren el derecho a voto. Este derecho podrá ser limitado en los términos del art. 1375 (ver G. Fre, opus cit. pág. 164 y ss.).

Art. 1678. — Toda acción confiere el derecho a una parte proporcional de las actividades de las utilidades netas y del patrimonio neto resultante de la liquidación, salvo los derechos establecidos a favor de especiales categorías de acciones a tenor de los artículos anteriores.

Ver: art. 2350 C. italiano; 629 C.F.S. de las Obligaciones; 213 C. alemán de comercio; 287 y 298 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Sin antecedente en nuestra legislación ni en la italiana anterior.
Explicando la fuente de nuestro artículo, destaca G. Fré que con esta disposición reconoce expresamente la ley los dos derechos individuales y fundamentales de todo accionista: 1º el de participar, en proporción al valor de su acción, del reparto de las utilidades netas de la sociedad; y 2º el de obtener a su liquidación y en la misma medida proporcional, una parte del patrimonio resultante de ella.
La única limitación a tales derechos son los privilegios concedidos a ciertas categorías de acciones, como los autorizados por el parágrafo 2º del art. 1673.
No hace falta agregar que estos derechos no pueden ser disminuidos o menguados por la creación de una categoría de acciones privilegiadas.
El primero de estos derechos es inherente a la calidad de socio, porque el fin para el que la sociedad se constituye, es por lo regular para dividirse sus utilidades entre los socios que la forman, siquiera el art. 1567 no lo diga expresamente.
De dicho derecho deriva el derecho a los dividendos, que sólo puede ejercerse después de aprobado por la asamblea el balance anual del ejercicio, y con el cual aquél no debe confundirse, porque si el derecho a las utilidades es inherente a la calidad de socio, el derecho a los dividendos es un crédito que puede ser cedido, independientemente de la calidad de socio. Los acreedores personales de éste pueden ejercer, mientras dure la sociedad, sus derechos sobre las utilidades que correspondan al deudor-socio.
Estatuyéndose por el Nº 7) del art. 1656 que el acto constitutivo de toda sociedad por acciones debe contener las normas según las cuales deben distribuirse las utilidades, por referencia, sin duda, a su distribución anual al fin de cada ejercicio, mal podría la asamblea suprimir esa repartición periódica de las utilidades sin recurrir a una modificación del pacto social.
La doctrina, empero, reconoce a la mayoría de una asamblea cierta amplitud de poderes para modificar la norma de la repartición de utilidades, por ejemplo, con mira a la constitución de una reserva en previsión de la desvalorización de determinados elementos del patrimonio social, o de la formación de un fondo especial a favor de los prestadores de servicios, pero sin eliminar el derecho de los accionistas al reparto periódico de las utilidades, ni limitar injustamente este derecho.

Sólo por decisión de la unanimidad de los socios podría modificarse el acto constitutivo en el sentido de autorizar a los administradores a disponer sin limitación de las utilidades de un ejercicio para la constitución de reservas facultativas (ver: Fré, opus cit. pág. 167 y ss.).

Art. 1679. — Cada acción confiere el derecho a voto.

El acto constitutivo puede establecer, sin embargo, que las acciones privilegiadas en la distribución de las utilidades y en el reembolso del capital al tiempo de la disolución de la sociedad, tengan derecho a voto sólo en las deliberaciones previstas en el art. 1693. Las acciones con voto limitado no pueden superar la mitad del capital social.

No pueden emitirse acciones con voto múltiple.

Ver: art. 2351 C. italiano; 157 inc. 1º del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 350 parág. 2º de nuestro C. de comercio; 287 inc. III). 288 y 289 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 640 del C.F.S. de las Obligaciones; 252 del C. alemán de comercio.

El derecho a voto, dicen Schneider y Fick, constituye una prerrogativa individual y absoluta, un derecho individual del accionista (autores y opus cits. t. II, pág. 157). Es un derecho esencial e insuprimible del accionista, agrega G. Fré, y en consecuencia puede, desde este punto de vista, catalogarse entre aquellos derechos individuales cuya característica es la de no poder ser suprimidos o modificados por los órganos sociales (autor y opus cits. pág. 175).

Mediante el ejercicio del derecho a voto concurre el accionista a la formación de la voluntad social, la cual se afirma como voluntad autónoma e independiente de las voluntades singulares que concurrieron a formarla, sobre la base de la voluntad colectiva de la mayoría.

El que asume la calidad de socio en una sociedad por acciones subordina su propia voluntad a la voluntad social, expresada por la mayoría, sin otra limitación que el conjunto de derechos individuales que la mayoría no puede suprimir.

Estos derechos proceden de dos fuentes distintas: la ley y la voluntad de los contrayentes, en cuanto algunos de ellos son salvaguardados por una norma legislativa inderogable, al paso que otros, dado su origen contractual, pueden definirse como la condición a la cual el socio subordina su sometimiento a la voluntad colectiva. En cualquiera de ambos casos, se fundan siempre en la tutela del individuo frente al contraste entre su voluntad y la de la mayoría.

Por el ejercicio del derecho a voto el elemento abstracto de la organización social que es la asamblea de socios deviene una indispensable realidad para la consecución de los fines sociales, razón por la cual se diferencia de todos los otros derechos que competen al socio en cuanto se traduce en una actividad individual necesaria a la vida de la sociedad. Viene de aquí la imposibilidad de suprimir la personalidad del socio en la organización colectiva, la cual no podría de otro modo actuar para los fines de su institución. Lógica consecuencia de este principio es que el socio no pueda despojarse de su derecho a voto que la ley afirma y tutela como un atributo natural y esencial de la calidad de socio con la cual no se concilia su renuncia a este derecho.

Esas son las bases sobre las cuales la ley organiza la sociedad por acciones, tal como los viejos códigos de comercio organizaron la sociedad anónima.

Dado el indudable interés de la sociedad en que ele derecho a voto sea ejercido, no parece posible, dice Fré, que este derecho pueda ser incluído en la categoría de los llamados derechos potestativos, siquiera desde cierto punto de vista, pueda parecerlo, pues, su ejercicio contribuye a dar vida a un acto jurídico, que es la deliberación de la asamblea, aspecto bajo el cual se le atribuye el carácter de un derecho facultativo, dado que el accionista es libre de ejercerlo o no, sin que por esto el derecho a voto se extinga por prescripción. La verdad es, concluye nuestro autor, que el derecho a voto es un derecho **sui generis** que nace del **estado** de socio, adquirido voluntariamente, por la participación en una sociedad.

Cada acción confiere el derecho a voto. La sociedad no puede emitir acciones de voto múltiple.

El derecho a voto es conferido por el presente Código no sólo a las acciones íntegramente pagadas, sino también a las que no han sido enteramente liberadas.

Sólo están excluídas del derecho a voto las acciones que están en mora, según así lo estatuye en in fine del art. 1769. A lo que parece, viene esta doctrina de idéntica concepción del derecho a voto del C.F.S. de las Obligaciones, según así lo explican Schneider y Fick (opus cit. t. II, art. 640, Nº 2, pág. 157). Distinta es la doctrina del art. 114 de la Ley alemana sobre sociedades por acciones, según la cual sólo se reconoce derecho a voto a las acciones enteramente liberadas (in G. Fré, opus cit. nota 1, pág. 178).

El ejercicio del derecho a voto permite al accionista determinar un modo de querer del ente, correspondiente a lo que el socio considera más ventajoso. Mas los efectos del voto así ejercido sólo se determinan por la suma de todos los votos emitidos en la misma dirección o contrapuestos a los votos adversos.

En todas las sociedades por acciones se ofrece el contraste entre dos grupos de accionistas: los de la mayoría y los de la minoría. Giancarlo Fré la explica como el resultado de dos tendencias opuestas: la de los ahorrativos que con su inversión sólo anhelan altos dividendos, como signo inmediato del buen empleo que han dado a su dinero, y porque los altos dividendos determinan una alta cotización del título y la posibilidad de su colocación ventajosa, por un lado; y por el otro la de los promotores de la sociedad, confundidos en su interés con el interés de la sociedad, cual es el de munirla de una sólida base financiera, lo cual supone la reducción al mínimum de las utilidades que anualmente deben distribuirse, y el de conservar por el mayor tiempo posible la dirección de la empresa que se han hecho acordar por el acto constitutivo y de la que sólo pueden ser removidos por un voto de mayoría. Se comprende, por consiguiente, agrega nuestro autor, el esfuerzo de la práctica en concebir un sistema que manumitiese a los organizadores y jefes de la empresa de la voluntad de una mayoría formada por una masa continuamente instable de accionistas. Era menester alejar con este fin el gobierno de la sociedad del polo capital hacia el polo actividad, y la acción de voto múltiple, que atribuía a su poseedor un derecho a voto mayor que el que atribuyen las acciones ordinarias, representaban cabalmente el medio más eficaz para lograr esos fines.

El presente artículo, como su fuente, prohibe la emisión de acciones de voto múltiple, por ser un peligroso instrumento de dominación y teniendo en cuenta la intención alimentada por las distintas categorías de socios de una sociedad por acciones, les da adecuada satisfacción por un nuevo tipo de acción: la **acción de voto limitado.**

Las acciones de voto limitado deben ser privilegiadas en la repartición de las utilidades y del reembolso de capital al tiempo de la disolución de la sociedad, las cuales sólo tienen derecho a voto en las deliberaciones que, conforme con nuestro art. 1693, deben ser aprobadas por la asamblea general.

Los socios poseedores de acciones limitadas no pueden por consiguiente votar en la asamblea ordinaria, lo que significa que no pueden participar de la aprobación del balance ni del nombramiento de los administradores y de los síndicos. Pueden asistir a la asamblea, pero no participar de la discusión.

La garantía de carácter patrimonial que les confiere el privilegio relativo a la repartición de las utilidades los pone al abrigo de una idea demasiado pesimista de la cuenta patrimonial o de la constitución de reserva no necesaria, dado el evidente interés de los poseedores de acciones ordinarias de poner en evidencia utilidades mayores de la necesaria para distribuir el dividendo mínimo asegurado a la acción de voto limitado, si a pesar de ello quieren percibir una parte de esas mismas utilidades.
Puesto que existen socios con derecho a voto limitado, —continúa G. Fré— les está permitido impugnar las deliberaciones de la asamblea ordinaria que no hayan sido decididas de conformidad con la ley o el acto constitutivo, y ocioso es agregar que no corren el riesgo de ver que las utilidades de la sociedad han sido aplicadas a fines distintos de los que les corresponde en la realización de los fines sociales. Por otra parte, los accionistas que sólo buscan un conveniente empleo de sus propios ahorros dejarán voluntariamente a aquellos que representan el elemento técnico de la administración de la sociedad, y así encontrarán una ulterior garantía en la permanencia de éstos en su cargo. De este modo se logra un equilibrio de los diversos intereses, porque en tanto los primeros se aseguran las ventajas económicas en vista de las cuales fueron inducidos a participar de la sociedad, los segundos adquieren, por su parte, la certeza de poder desarrollar tranquilamente el programa que reputan por el más conveniente para el éxito de la empresa social.
Agrega nuestro autor que la circunstancia de que las acciones de voto limitado tienen como las acciones ordinarias derecho a voto en las asambleas extraordinarias, elimina para sus poseedores el peligro de ver modificado el acto constitutivo sin su consentimiento; y la prohibición de emitir acciones de voto limitado por un importe superior a la mitad del capital, impide, por otra parte, que un exiguo número de acciones ordinarias pueda ser árbitro absoluto de la gestión social y encontrar en ésta un campo propicio a esas temeridades a que fácilmente induce la certidumbre de arriesgar muy poco de lo propio. Con el nuevo instituto de la acción de voto limitado —concluye G. Fré— el legislador ha entendido tener en cuenta aquella substancial diversidad de mentalidad y comprensión existente entre los grupos de accionistas que participan en la sociedad por acciones y especialmente en aquellas de mayor capital.
En nota que sigue al pie del texto, agrega G. Fré que la acción sin derecho a voto pero privilegiada en la repartición de las utilidades, fue originariamente concebida por el legislador alemán, según así lo estatuye el art. 115 de la Ley alemana de sociedades por acciones (ver autor y opus cits. pág. 175 a 181); y Grandi, Relazione al re, Nos 954 a 956, págs. 647 y ss.; Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, b), pág. 414; d), pág. 415; e), pág. 439; Nº 33, pág. 454).

Art. 1680. — En el caso de prenda o de usufructo sobre las acciones, el derecho a voto corresponde, salvo pacto en contrario, al acreedor pignoraticio o al usufructuario.

Si las acciones atribuyen un derecho de opción, éste corresponde al socio.

Cuando el socio no provea al menos tres días antes del vencimiento del desembolso de las sumas necesarias para el ejercicio del derecho de opción, éste debe ser enajenado por cuenta de dicho socio por medio de un agente de cambio o de un instituto de crédito.

Si se exigiera desembolsos sobre las acciones, en el caso de prenda, el socio debe proveer al desembolso de las sumas necesarias al menos tres días antes del vencimiento; en su defecto, el acreedor pignoraticio puede vender las acciones en el modo establecido en el parágrafo anterior. En el caso de usufructo, el usufructuario debe proveer al desembolso, salvo su derecho a la restitución al término del usufructo.

Si el usufructo corresponde a varias personas, se aplicará el segundo apartado del art. 1674.

Ver: art. 2352 C. Italiano; 291 y 292 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Como Fré lo ha hecho notar, nuestro artículo, como su fuente, no indica el modo de constituir una prenda o un usufructo de acciones. Ocioso es que tampoco se lo contempla en nuestro Código de comercio. A estar al art. 2024 del C. italiano de 1942 y el Real Decreto Nº 239, ambos derechos reales se constituyen mediante anotación que la sociedad hace en el título y en el de la acción en el libro de socios. La prenda sobre acción nominativa puede constituirse también por entrega de la acción, endosada con la la cláusula "en garantía"; pero respecto de la sociedad, la prenda sólo produce efectos por su anotación en el libro de socios. El endosatario en garantía sólo puede endosar la acción "por poder". Cuando la acción endosada "en garantía" deba ser vendida, a petición del acreedor pignoraticio, su transferencia a nombre del adquirente sólo podrá ser hecha por la sociedad emitente, sobre la base del acta del rematador que procedió a su enajenación.
Si se trata de usufructo, el respectivo vínculo se constituye como la prenda. Mas el usufructuario tiene derecho a obtener de la sociedad, y a su propia costa, un título separado del título del nudo propietario (Messineo, t. V, parág. 152, C) pág. 405; G. Fré, opus cit. pág. 182; Grandi, opus cit. Nº 959, pág. 649).
Tampoco nuestro artículo contempla los efectos de la prenda y del usufructo sobre la acción, los cuales, aun siendo los mismos que análogos derechos reales constituídos sobre las cosas muebles, deben ser estudiados en relación a los tres puntos siguientes:
a) en lo que atañe al derecho a voto;
b) en lo que respecta al derecho de opción y a cómo debe conducirse la parte que está en posesión de la acción; y
c) de qué modo deben regularse las relaciones de las partes cuando se requiera un pago suplementario de la acción no enteramente liberada sobre la cual se ha constituido la prenda o el usufructo.
Siguiendo a Fré y Messineo, examinaremos sumariamente cada uno de estos puntos. Cuanto al derecho a voto, la cuestión se halla resuelta por el parágrafo primero de nuestro artículo, según el cual, salvo pacto en contrario, el derecho a voto corresponde al acreedor pignoraticio o al usufructuario.
Entiende Messineo que el derecho a voto del usufructuario no puede ejercerse en algunas de las asambleas extraordinarias, como por ejemplo, la convocada para la modificación del acto constitutivo, porque al dar su voto favorable para la modificación, modificaría el contenido del derecho del socio tal como le había sido atribuído sobre la base del usufructo, y se expondría a la acción de daños y perjuicios del nudo propietario de la acción que demostrase la influencia decisiva que el voto del usufructuario tuvo sobre el resultado de la deliberación. Si el usufructo corresponde a varias personas, el derecho a voto debe ser ejercido por un representante común.

La misma disciplina debe aplicarse al cesionario del usufructo sobre la acción. El derecho a voto del acreedor pignoraticio se resuelve, a juicio de G. Fré, en el cumplimiento del deber de conservación de la cosa recibida en prenda, puesta por la ley a cargo del acreedor prendario, y que comprende incluso la facultad de usarla cuando esto sea necesario. El acreedor pignoraticio no ejerce su derecho a voto en calidad de socio, desde que no puede servirse de él en su exclusivo interés sin incurrir en un ejercicio abusivo del mismo.
Nuestro artículo no limita el derecho a voto del acreedor pignoraticio a sólo las asambleas ordinarias, como algún autor lo ha sostenido, pero nada obsta a que las partes convengan en limitarlo en esos términos y reservar al accionista deudor el derecho a voto en las asambleas extraordinarias.
Tratándose de títulos de crédito redescontados con retrocesión a término, estatuye nuestro art. 1271 que el derecho a voto, salvo pacto en contrario, corresponde al adquirente, si los títulos son acciones de sociedades.
El derecho de opción a que se refiere el parágrafo segundo de nuestro artículo es el derecho inherente a toda acción antigua de una sociedad por acciones que en asamblea extraordinaria ha decidido hacer un aumento efectivo de su capital mediante la emisión y suscripción de nuevas acciones ordinarias, ofrecidas en opción a los ya accionistas.
El derecho de opción es un derecho exclusivo de suscripción, el que, como tal obliga al suscritor a integrar su importe, dentro de un tiempo dado, bajo pena de perderlo si no se lo ejerce en tiempo. El derecho de opción que tiene un valor por sí mismo y una cotización, puede ser enajenado.
El derecho de opción corresponde al socio; pero si la acción ha sido dada en prenda, y el derecho de opción, en vez de ser utilizado para la suscripción de una nueva acción, es enajenado, el producto es retenido por el acreedor pignoraticio, siempre a título de prenda; al paso que si el derecho de opción es empleado para suscribir las nuevas acciones, una parte de éstas, correspondiente al valor en el mercado de las acciones dadas en prenda, aun perteneciendo al que las dió en prenda, corresponde, en prenda, al acreedor pignoraticio.
El acreedor pignoraticio puede hacer suyo el valor del derecho de opción, con el efecto de que, en proporción, disminuye el monto de los intereses y eventualmente de la deuda, quedando así realizado en parte el derecho del acreedor, y que el valor de la acción disminuye en proporción al valor del derecho de opción. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, Nº 57, pág. 513 y ss.).
Viene por último considerada por la doctrina la cuestión de saber a quien compete el ejercicio a voto en el caso de embargo judicial de la acción. Descartamos por ahora los casos de embargo convencional y de secuestro conservatorio, ajenos a nuestro derecho tradicional.
Dado que el embargo judicial de una acción supone que su propiedad se halla controvertida, dos soluciones se han propuesto: la de mantener pendiente de resolución o sea en suspenso el derecho a voto de la acción embargada; o la de atribuirlo al embargante o al depositario. En este último sentido dos sentencias de la Corte italiana de Casación del 22 de febrero de 1952; otra del Tribunal de Roma del 12 de agosto de 1954; y la del Tribunal de Milán del 24 de enero de 1955, citados por G. Fré (opus cit. nota 3, pág. 188 y ss.).
La suspensión del derecho a voto no ha merecido el sufragio de la doctrina, porque de embargarse la mayoría de las acciones de una sociedad sería ésta puesta en la imposibilidad de funcionar, razón por la cual propende ella a reconocer el derecho a voto al embargante, quien lo ejercerá como mandatario de aquél que resulte dueño de la acción, cuando sea resuelta la controversia sobre su propiedad. Notificado que sea el embargante a la sociedad, no permitirá ésta que el accionista inscrito en el libro de socios intervenga en la asamblea, y consentirá que lo haga el embargante en las asambles ordinarias, pero no en las extraordinarias. Conocidos estos antecedentes se comprenderá lo dispuesto en los parágrafos 4º y 5º del presente artículo.
Si se trata de acciones pignoradas con derecho de opción, el socio debe proveer al menos tres días antes del vencimiento de dicha opción al pago de las sumas necesarias para la liberación de las acciones a que él se suscribió. No haciéndolo en dicho plazo, el acreedor podrá vender las acciones por medio de un agente de cambio o de un instituto de crédito.
Si las acciones se hallan gravadas de usufructo, es al usufructuario a quien corresponde hacer el pago de las acciones pendientes de liberación, sin perjuicio de su derecho a la restitución al término del usufructo. Esta decisión excluye que el derecho de opción deba considerarse como un fruto de la acción.
El nudo propietario conserva su derecho a participar del patrimonio social.
Explícase así que el usufructuario que hizo el desembolso pueda repetirlo del nudo propietario al término del usufructo, porque el derecho de opción es de éste y no del usufructuario.

Art. 1681. — Salvo disposición contraria del acto constitutivo, las acciones de goce atribuídas a los poseedores de las acciones reembolsadas no confieren derecho a voto en la asamblea. Ellas concurren a la distribución de las utilidades que restan después de haberse pagado a las acciones no reembolsadas un dividendo igual al interés legal y, en caso de liquidación, a la distribución del patrimonio social que reste después de haberse reembolsado a las otras acciones por su valor nominal.

Ver: art. 2353 C. Italiano. Sin antecedente en la legislación anterior, pero que según Grandi, corresponde a una práctica que merece ser reconocida (ver autor y opus cit. Nº 958, pág. 649). Ocioso es decir que nuestro Código de comercio ignora qué sean las acciones de goce.
Llámase "acción de goce" a la acción atribuída al poseedor de una acción ordinaria y en substitución de ella, con ocasión del reembolso del capital por su valor nominal, y de la reducción correlativa del capital social, y en la hipótesis de que el valor de la acción ordinaria fuese superior, al tiempo de la emisión de la acción de goce, a su valor nominal, de acuerdo con las reservas existentes, manifiestas u ocultas.
La acción de goce no representa ya una cuota del capital, como la representa la acción ordinaria; pero, en cambio, representa, en parte, una cuota del patrimonio social. Tal es la razón por la cual la ley no atribuye a la acción de goce el derecho a voto en la asamblea, mas le confiere el derecho a la distribución de las utilidades que resten después de haberse pagado, a las acciones ordinarias, un dividendo igual al interés legal; y en caso de liquidación, a la distribución del patrimonio social restante después de haberse realizado el reembolso de las otras acciones por su valor nominal, concurriendo al reparto del residuo a la par con estas últimas.
El acto constitutivo podría no privar del derecho al voto a las acciones de goce, pues, todo lo que antecede es sin perjuicio de lo estipulado en dicho contrato. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, e), pág. 416; G. Fré, opus cit. pág. 195 y ss.; Grandi, opus cit. Nº 958, pág. 649).

Art. 1682. — Las acciones deben indicar:

1) la denominación, la sede y la duración de la sociedad;

2) la fecha del acto constitutivo y de su inscripción en el Registro de empresas;

3) su valor nominal y el monto del capital social;

4) el monto de los pagos parciales del valor de las acciones no totalmente liberadas;

5) los derechos y las obligaciones particulares a ellas inherentes.

Las acciones deben ser suscritas con firma autógrafa por uno de los administradores.

Las disposiciones de este artículo se aplican también a los certificados provisorios que se distribuyen a los socios antes de la emisión de los títulos definitivos.

Ver: art. 2354 C. italiano, del que sólo nos apartamos al exigir la firma autógrafa de uno de los administradores, con que rechazamos la firma mecánicamente reproducida, siempre que el original sea depositado en el Registro de las empresas, como lo permite la fuente de nuestro artículo. Para que la reproducción mecánica de la firma no se preste a reproducciones fraudulentas, las sociedades anónimas tendrían que hacer estampar sus acciones con los mismos cuidados técnicos observados en la impresión de los billetes estampados por el Banco emisor, y a expensas de gastos considerables si el capital social no lo es igualmente y el número de las acciones emitidas es reducido.
Ver además: art. 165 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 328 de nuestro C. de comercio; 280 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1683. — Las acciones pueden ser nominativas o al portador, a elección del accionista, si el acto constitutivo no establece que deben ser nominativas.

Las acciones no pueden ser al portador mientras no estén enteramente liberadas.

El acto constitutivo puede subordinar a particulares condiciones la enajenación de las acciones nominativas.

Ver: art. 2355 C. italiano; 164 inc. 2º y 165 inc. 1º C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 326 parág. 2º y 3º de nuestro C. de Comercio; 638 C.F.S. de las Obligaciones; 277 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

La prohibición de entregar acciones al portador a los suscritores que no han pagado íntegramente su importe mira a evitar que por su transferencia pueda burlarse la buena fe del comprador mediante la promesa de liberarlas, al favor de maniobras fraudulentas, razón por la cual el artículo siguiente somete al vendedor y al comprador por el término de tres años a la obligación solidaria de responder por el monto de los desembolsos todavía adeudados.

El artículo sub examen estatuye que el acto constitutivo puede disponer que todas las acciones sean nominativa, pero no que todas puedan ser al portador, no obstante la contraria voluntad de sus poseedores. Praceptúa igualmente que el acto constitutivo puede excluir el derecho de elección sólo en un sentido y esto por una disposición según la cual todas las acciones deban ser nominativas.

El accionista tenedor de una acción al portador puede obtener de la sociedad que la cambie por una acción nominativa.

Viniendo Giancarlo Fré a tratar de la transferencia de acciones, fuera de las condiciones a que su enajenación puede ser subordinada por el acto constitutivo, esclarece dos controvertidas cuestiones suscitadas por la doctrina acerca de ella.

Es la primera la cuestión de saber si es a cargo del enajenante a título oneroso la garantía por evicción, a propósito de la cual se pronuncia por la negativa dado que el patrimonio social es propiedad del ente y no copropiedad del socio, y además porque la acción no es un título representativo de la propiedad de los bienes sociales. El socio que vende su acción no vende parte de estos bienes, sino cede al cesionario su posición jurídica de socio en el momento de la cesión. Mas nada impide que el vendedor asuma, si quiere, la garantía por evicción.

La segunda cuestión es la de saber si puede impugnarse la venta por error sobre el valor de la acción, a propósito de la cual juzga que no puede demandarse su nulidad fundado en el vicio de error, porque el valor no constituye una cualidad de la acción en el sentido del inc. 3º de nuestro 523. Admite, empero, que pueda impugnarse la venta si se demuestra que el comprador ha sido inducido a adquirir la acción por una maniobra dolosa del vendedor.

La transferencia de la acción al portador tiene lugar por la entrega del título, al paso que la de la acción nominativa es más compleja. Disciplinada en Italia esta materia por leyes especiales, son dos los modos de llevarla a cabo: mediante anotación del nuevo titular hecha por la sociedad, sea en el propio título o en el libro de socios a solicitud del procedente titular del adquirente, o bien mediante endoso datado y firmado por el endosante con indicación del nombre y apellido, estado, profesión y domicilio del endosatario. Las firmas deben ser autenticadas por un Escribano (ver autor y opus cits. 204 y ss.).

Art. 1684. — Aquellos que hayan transferido acciones no liberadas están obligados solidariamente con los adquirentes por el monto de los desembolsos todavía debidos, por el período de tres años computados desde la transferencia.

El pago no puede serles demandado sino en el caso en que el requerimiento hecho al poseedor de la acción haya resultado infructuoso.

Ver: art. 2356 C. italiano; 166 parág. 2º del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 332 de nuestro C. de comercio; 278 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

A estar a los términos de nuestro artículo, sólo el que adquiere la acción con observancia de la forma prescrita para su circulación, asume la obligación de responder solidariamente con el vendedor del pago de las cuotas debidas por las acciones no liberadas, y esto por el término de tres años computados desde la transferencia. Así, el acreedor pignoraticio no asume la responsabilidad de que se trata, como lo preceptúa nuestro art. 1677. Sólo el usufructuario está obligado a hacer los pagos requeridos por la acción, a tenor del mismo precepto.

Art. 1685. — La sociedad no puede adquirir sus propias acciones si la adquisición no es autorizada por la asamblea de los socios, y no se hace con sumas provenientes de las utilidades líquidas y realizadas y las acciones no son enteramente liberadas.

Los administradores no pueden disponer de las acciones adquiridas, y el derecho a voto inherente a ellas queda suspendido mientras permanezcan en propiedad de la sociedad.

Las limitaciones dispuestas en el primer parágrafo de este artículo no se aplican cuando la adquisición de acciones propias tiene lugar en virtud de una deliberación de la asamblea que disponga una reducción del capital social, a practicarse mediante rescate y anulación de las acciones.

Ver: art. 2357 C. italiano; 144 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 343 parág. 1º de nuestro C. de comercio;; 628 inc. 2º y 670 parág. 1 y 2 del C.F.S. de las Obligaciones; 226 y 227 y 288 a 291 del C. alemán de comercio; 293 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Mientras el art. 343 de nuestro C. de comercio prohibe a los administradores la adquisición de las propias acciones de la sociedad, nuestro artículo, como su fuente, la prohibe a la sociedad misma.
La razón de ser de la prohibición de que se trata es la de impedir que por la compra de sus propias acciones la sociedad disminuya su capital y reduzca la garantía que este capital representa para sus acreedores. Se agrega que por el rescate de acciones podrían los administradores asegurarse la mayoría en las asambleas o especular fácilmente sobre el precio de ellas en el mercado.
La prohibición no se aplica a la donación que de sus acciones puede hacer un accionista a la sociedad, pero sí al redescuento de las propias acciones con retrocesión a término disciplinado por los arts. 1269 a 1272.
La adquisición no puede hacerse sin autorización de la asamblea de socios, la cual deberá establecer el número máximo de acciones que deben adquirirse, porque como lo advierte G. Fré las consecuencias de la operación varían de modo sensible en relación a la masa de títulos cuya adquisición se proyecta. No será menester que la asamblea se anticipe a ofrecer un precio máximo de las acciones, porque de fijárselo podría igualmente comprometerse la operación, y porque en el silencio acerca de este particular debe entenderse que la adquisición se hará a los precios más ventajosos para la sociedad. Tampoco será necesario fijar el plazo dentro del cual se hará la compra. Esta dbe realizarse sólo con las utilidades líquidas y realizadas, para impedir que por esta vía se restituya a los accionistas el capital que constituye la garantía de los acreedores sociales. Las utilidades líquidas y realizadas son aquellas que son disponibles para su distribución a los accionistas. Por consiguiente no podrán emplearse en la compra las reservas legales, ni los fondos que según el balance tienen un destino especial, como los fondos de amortización, los de seguro contra la ancianidad y vacaciones de empleados, los fondos destinados a cubrir las oscilaciones de títulos y desvalorización de créditos. Finalmente, la compra de acciones no podrá hacerse de acciones no totalmente liberadas.
Por el parágrafo 2º de nuestro artículo se prohibe que mientras las acciones adquiridas permanezcan en propiedad de la sociedad, sean ellas revendidas, pero no se prohibe que por decisión de la asamblea, esas acciones que fueron adquiridas con utilidades netas disponibles para su distribución entre los accionistas, sean transferidas a éstos, en la misma medida en que las utilidades pudieron ser distribuídas.
El in fine de nuestro artículo preceptúa que la prohibición del parágrafo 1º no se aplica cuando la adquisición de acciones propias tiene lugar en virtud de una deliberación de la asamblea por la que se disponga una reducción del capital social, practicada mediante rescate de acciones.
Mas la reducción del capital puede tener lugar lo mismo en el caso de nuestro art. 1678, que en el de ser excesivo el capital para la consecución del fin social. No se sabría configurar en realidad una operación semejante si la reducción fuese determinada por pérdidas.
La reducción del capital que una sociedad por acciones puede llevar a cabo por aplicación del in fine de nuestro artículo, admite dos procedimientos indicados por Giancarlo Fré: 1º) por reducción del valor nominal de las propias acciones y el reembolso correlativo al socio, de la diferencia; y 2º) por el integral reembolso de una parte de las propias acciones.
La equivalencia de ambas operaciones resulta de la siguiente demostración:
a) La sociedad tiene un capital de ₲. 5.000.000 dividido en 10.000 acciones de un valor nominal de ₲. 500 cada una, y decide reducirlo a ₲. 1.000.000, por el reembolso de 8.000 acciones. El capital social quedará reducido a ₲. 1.000.000 dividido en 2.000 acciones de un valor de $. 500 cada una.
b) La sociedad decide reducir su capial de ₲. 5.000.000 a ₲. 1.000.000 por la reducción de su valor nominal de cada acción de ₲. 500 a ₲. 100 cada una, por el reembolso de $. 400 por cada acción. Después de esta operación el capital social quedará subdividido en 10.000 acciones de ₲. 100, pero la asamblea podrá decidir la reunión de cinco de tales acciones en una sola de ₲. 500 cada una, con la consecuencia de que en este caso, como en el precedente, el capital de la sociedad será de ₲. 1.000.000 subdividido en 2.000 acciones de un valor nominal de ₲. 500 cada una.
Observa nuestro autor que el s e g u n d o procedimiento no se ajusta exactamente a lo dispuesto en el in fine de nuestro artículo, porque no importa ni la adquisición, ni la anulación de ninguna acción. No así el primero de ellos porque el rescate es un retiro de la acción de la circulación mediante reembolso de su valor nominal.
Dos son los procedimientos del rescate: por sorteo o por la adquisición de la acción con el consentimiento del socio. El primero es considerado como un medio injusto, no recomendado por la doctrina (ver autor y opus cits. pág. 222 y ss.).

Art. 1686. — La sociedad no puede hacer anticipos sobre sus propias acciones, ni préstamos a los terceros para adquirirlas.

Ver: art. 2358 C. italiano; 144 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 295 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades, y 343 parág. 2º de nuestro C. de comercio.
G. Fré explica los fundamentos de este p r e c e p t o diciendo que no prohibiéndose a las sociedades por

acciones el otorgamiento de préstamos a sus accionistas sin otra garantía que la personal, sabe a paradoja que no puedan hacerles anticipos con prenda de sus propias acciones. Para unos la razón de la prohibición es la de impedir que por medio de tales anticipos tenga lugar una temporánea restitución parcial del capital social. Para otros se trata de impedir que los administradores concentren en sus propias manos la disponibilidad de un notable número de votos. Otros enseñan que la garantía prendaria sobre acciones no sería igual por naturaleza y eficacia a la que se ofrecería sobre otros bienes. Nuestro autor estima que el sistema de tales préstamos permitiría a los administradores influir sobre la formación de la mayoría o favorecer especulaciones sobre las acciones de la sociedad. Tal es también el argumento de Messineo (ver G. Fré, opus cit. pág. 233; Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, c), pág. 420).

La violación directa o indirecta de la presente prohibición es un acto ilícito, por contrario a la ley o en fraude de la ley. Por consiguiente, su sanción es la nulidad del acto. Para Messineo el acto es nulo (opus cit. t. V, pág. 422). Mas para G. Fré es sólo anulable, porque si el contrato fuese nulo, la sociedad se vería en realidad expuesta al peligro que tal garantía resulte impropia en el momento en que ella debe funcionar por la eventualidad de que el tercero no restituya la suma obtenida en préstamo (opus cit. pág. 236 y ss.).

Art. 1687. — Las sociedades no pueden invertir, ni aun parcialmente, su propio capital en acciones de la sociedad cuyo contralor ejercen o en el de otras sociedades controladas por ella.

Se consideran sociedades controladas aquellas en las que otra sociedad posee un número de acciones tal que le asegure la mayoría de los votos en las asambleas ordinarias, o aquellas que, en virtud de vínculos contractuales particulares, están bajo la influencia dominante de otra sociedad.

Ver: art. 2359 C. italiano; sin antecedente en el C. italiano de 1882, ni en nuestro C. de comercio.

No estando prohibido que una sociedad por acciones sea socia de otra sociedad o que se convierta en tal por la adquisición de acciones de una sociedad ya constituída o que concurra a constituirla, se ha dado la posibilidad de que se constituyan entidades designadas con el nombre de holding, fenómeno al cual se ha dado en llamar "afiliación" y, "filiales" a las sociedades derivadas de la matriz. Tal participación, dice Messineo, es permitida, ya que es una operación lícita.

Mas otra posibilidad práctica de participación de la sociedad por acciones en otra sociedad es la de constituir varias sociedades por acciones "en cadena", o sea sociedades recíprocamente vinculadas. La primera sociedad aporta, para la constitución de la nueva sociedad, una parte de las propias acciones, a cambio de acciones de la nueva sociedad, en cantidad superior a la mitad de su total.

Esta segunda sociedad forma una tercera, con el mismo método y así sucesivamente, hasta que la última termina por tener un capital en su mayor parte constituido de acciones de otras sociedades, o sea, agrega nuestro autor, un capital económicamente cuasi inexistente, al cual llaman los economistas "capital aguado" o "diluído", con evidente atentado a la buena fe de los terceros acreedores sociales.

Mediante la posesión de la mayoría de las acciones de la primera sociedad de la cadena (holding o sociedad de financiación o financiera), se puede dominar o controlar a las sociedades engendradas por aplicación del método ya explicado, las cuales se llaman sociedades controladas.

Debe distinguirse el control de la simple vinculación de sociedades. Se da el primero cuando la segunda sociedad lo sufre por la influencia de la primera en el desenvolvimiento de su actividad, ejercida por su participación en el órgano administrativo de ella y su influencia en sus obligaciones.

Hay simple vinculación de sociedades cuando ambas se encuentran en condiciones de igualdad.

Mas si hay vinculación sin control, no hay control sin vinculación.

Además del sistema de cadena, se conoce en la práctica el denominado sistema "estelar", en virtud del cual una sociedad domina a otras varias, pero no dispuestas como los eslabones de una cadena, sino como otros tantos satélites, en torno a un astro mayor. Aquí, dice Messineo, hay una sociedad que posee la mayoría de las acciones de otras varias, pero sin que entre éstas exista vínculo alguno (ver autor y opus cits. t. V, parág. 152, letras c), d), e) y f), pág. 366 y ss.).

Dos son así las hipótesis de sociedades controladas contempladas por nuestro artículo:

a) la sociedad cuya mayoría de votos en la asamblea pertenece a otra sociedad; y

b) la sociedad que en virtud de un determinado vínculo contractual se halla bajo la influencia dominante de otra sociedad.

La primera hipótesis es la de las sociedades constituídas en cadena.

La segunda no es tan fácil de caracterizar, porque no son muy claros los términos del parágrafo 2º de nuestro artículo, relativos a una "influencia dominante" en virtud de vínculos contractuales particulares.

Estima G. Fré que estos dos requisitos se darán en el caso de que la actividad principal de la sociedad dependa de un contrato de agencia estipulado con otra sociedad, de modo que el encaminamiento de la primera podría venir a menos si el mandato le fuese revocado. Lo mismo podría decirse de una sociedad distribuidora de energía eléctrica respecto de la sociedad productora de dicha energía. La situación así creada es análoga a la que tiene lugar cuando una sociedad es poseedora de la mayoría de las acciones de otra en sus asambleas. Es un control de hecho y no de derecho, que independientemente de la validez de los pactos que ambas sociedades podrían estipular, produce los mismos efectos y explica por qué el legislador lo equiparara a lo estatuído por el presente artículo.

Explicando nuestro autor por qué la ley prohiba a la sociedad controlada la inversión, aunque sea en parte, de su propio capital en la adquisición de acciones de la sociedad que sobre ella ejerce el control, y que por hipótesis es poseedora de la mayoría de las acciones de aquélla, dice que siendo así el patrimonio de ésta estaría constituído en más de la mitad de su actividad por dinero o bienes en especie provenientes del patrimonio de la primera. Si la sociedad controlada invirtiese a su vez parte de su patrimonio en acciones que la sociedad controlante emitiese con ocasión de un aumento de su capital, entraría en el patrimonio de ésta, a título de aporte, una parte de aquellos bienes que no son usados para formar el patrimonio de la sociedad controlada. Se daría así un giro de dinero y de bienes en una hinchazón artificial del capital de la sociedad controlante, en cuanto sus nuevas acciones, suscritas por la sociedad controlada, no estarían respaldadas por un aporte efectivo.

Análogo sería el resultado si la sociedad controlada, en vez de suscribirse directamente a las acciones emitidas por la sociedad controlante, las adquiriese de un tercero((ver autor y opus cits. pág. 241 y ss.).

Agrega Grandi que la prohibición de que la sociedad controlada tome participación en la sociedad controlante se limita al empleo total o parcial del capital de la primera. Está, fuera de discusión —agrega— la licitud del empleo de las reservas de la sociedad controlada, en acciones de la sociedad controlante porque por obvias razones semejante inversión es en muchos casos la más natural y la más conveniente que la sociedad puede hacer de las disponibilidades líquidas en cuya posesión se encuentre. Si así no fuese le sería imposible a la sociedad controlada constituir una cartera de títulos de grupos competidores. Lo que la ley repudia es la inversión del propio capital de dos sociedades en la suscripción recíproca de acciones, a que se refiere el artículo siguiente. (ver autor y opus cits. Nº 964, pág. 652).

Al establecer Giancarlo Fré las consecuencias de la violación del presente artículo, distingue dos hipótesis:
a) que la sociedad controlada invierta su propio capital en la adquisición de un tercero las acciones de la sociedad controlante; y
b) que la misma sociedad controlada se suscriba a acciones de la sociedad controlante con ocasión de un aumento de capital de ésta.
En el primer caso, el problema sería análogo al del parágrafo 1º del art. 1682 y siendo así, el contrato sería anulable y no nulo (hemos visto, sin embargo, que para Messineo, el acto es nulo). Si el tercero vendedor es de buena fe, la anulación no sería posible.
En la segunda hipótesis, la suscripción sería nula o anulable, según que se adopte una u otra de las dos soluciones previstas en los artículos precedentes.
Propende nuestro autor a admitir que la nulidad de la suscripción pueda sanarse por la enajenación de las acciones suscritas.

Art. 1688. — Se prohibe a las sociedades constituir o aumentar el capital mediante suscripción recíproca de acciones, aun por personas interpuestas.

Ver: art. 2360 C. italiano. Sin antecedente en la legislación comercial italiana anterior, ni en nuestro C. de comercio.
Por el presente artículo se prohibe la suscripción recíproca y simultánea de acciones entre sociedades, en el periodo de constitución, para evitar, dice Messineo, que los terceros, acreedores de cada una de las sociedades que confían en el capital respectivo, sean burlados por un capital en todo o en parte inexistente dado que su capital está suscrito mediante el empleo del otro capital.
Esta prohibición se extiende a la adquisición que tiene lugar por interpósita persona, y también cuando la suscripción recíproca tiene lugar para el aumento del capital. (autor y opus cits. t. V, parág. 152, f), pág. 421).
La prohibición que nos ocupa mira a evitar que por el agrupamiento y recíproca participación de sociedades se sorprenda la buena fe de los socios mantenidos al margen de tales combinaciones y sobre todo se sorprenda a los acreedores, con evidente peligro para la economía nacional (ver Grandi, opus cit. Nº 963, pág. 651).
El fenómeno económico de la agrupación de sociedades por la suscripción recíproca y simultánea de sus acciones mismo al tiempo de ser un aumento del capital fue maniobra que halló campo propicio en el mercado europeo de valores al favor de la intensa fiebre de especulación normalmente dolosa a que capitalistas devorados por el ansia de ganar se entregaron sin mirar sus consecuencias perjudiciales, respecto de sus propios socios y de los terceros acreedores sociales de buena fe, corruptela que los compiladores del Código italiano de 1942 consideraron peligrosa para la economía de la nación y por consiguiente merecedora de la sanción del presente artículo. Nuestro mercado de valores ignora este género de perniciosa actividad, pero días llegarán en que más de uno buscará forma de burlar la presente prohibición.
El siguiente ejemplo con que Giancarlo Fré esquematiza el caso contemplado por nuestro artículo, dará clara idea de su peligrosidad: la sociedad A, que tiene un capital de Gs. 1.000.000:00, se suscribe a Gs. 500.000:00 de las nuevas acciones que la sociedad P emite con ocasión del aumento de su propio capital de Gs. 500.000:00 a Gs. 1.000.000:00. La sociedad A aumenta su capital de Gs. 1.000.000:00 a Gs. 1.500.000:00 por la suscripción de las nuevas acciones de la sociedad B. Esta aumenta ulteriormente su propio capital de Gs. 1.000.000:00 a Gs. 1.5000.000:00 por la nueva emisión de acciones que son suscritas por la sociedad A, y así sucesivamente.
Como se ve, son siempre los mismos Gs. 500.000:00 que sirven para todos estos aumentos de capital que pueden repetirse teóricamente al infinito. Lo que se quiere impedir es esta multiplicación ilusoria de la riqueza, como lo dice la **Relazione del Ministro Guardisigilli**. Grandi. (ver G. Fré, opus cit. 244 y ss.).

Art. 1689. — La asunción de participaciones en otras empresas, aun cuando esté prevista genéricamente en el acto constitutivo, no es permitida si por la medida y por el objeto de la participación resulta substancialmente modificado su objeto social determinado por el acto constitutivo.

Ver: art. 2361 C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior, ni en nuestro Código de comercio. La participación a que se refiere el presente artículo comprende todas las relaciones derivadas de la destinación de una parte del patrimonio de la sociedad para participar en las utilidades y las pérdidas de una empresa. Una sociedad por acciones puede suscribirse o adquirir acciones de otra sociedad del mismo tipo, o asumir la calidad de socio colectivo de una sociedad en comandita o de una sociedad de responsabilidad limitada.
Lo que con el presente artículo se persigue es impedir la modificación indirecta del acto constitutivo por la asunción de una participación en otra empresa, si tal modificación puede resultar de la extensión y objeto de la participación. (ver: Grandi, opus cit. Nº 965, pág. 653).
Giancarlo Fré discrimina 4 hipótesis posibles relativas a la participación de una sociedad por acciones en otras empresas:
a) que expresa o implícitamente excluya el acto constitutivo la asunción de toda participación;
b) que el acto constitutivo indique la asunción de participación en cualquier empresa o en una empresa que ejerza una determinada actividad como uno de los fines para el cual la sociedad se constituye o directamente como el objeto exclusivo de su constitución;
c) que el acto constitutivo prevea la asunción de participación en otra empresa que ejerza una determinada actividad sólo como una operación que puede ser cumplida por la sociedad con caracter accesorio y complementario del objeto de ella; y
d) que, en fin, el acto constitutivo prevea la asunción de participación sin limitación de objeto, pero, como en la hipótesis precedente, considerándola una actividad meramente secundaria y eventual respecto al objeto social.
Las dos primeras hipótesis están fuera del campo de aplicación del presente artículo, no así las dos siguientes, casos en los cuales, será menester que por su medida y su objeto la asunción de participación importen una modificación del acto constitutivo, que sólo puede ser decidido por voluntad de la asamblea general. (ver autor y opus cits. pág. 249 y ss.).

Art. 1690. — En caso de insolvencia de la sociedad por las obligaciones sociales surgidas en el periodo en que las acciones resultan haber pertenecido a una sola persona, ésta responde ilimitadamente.

Ver: art. 2362 C. italiano. Sin antecedente en la legislación comercial italiana anterior, ni en nuestro C. de comercio.

La sociedad por acciones, por oposición a lo que ocurre con los otros tipos de sociedad, no se extingue por falta de pluralidad de socios. Dado que las acciones pueden venderse, incluso todas de una sola vez, operación llamada venta de paquete de acciones, ocioso es que por esta vía puedan ser acaparadas por una sola persona, accionista o no, sin que por ello el comprador adquiera otra cosa que la mera posibilidad de hacer prevalecer su voluntad en las asambleas, pero no el patrimonio de la sociedad. La venta de todas las acciones sólo ha producido el efecto de reducir el número de socios y la eventual aplicación del presente artículo. (Messineo, t. V, parág. 140, Nº 28 bis, pág. 122).

La pluralidad de socios puede restablecerse en cualquier momento. Bastaría que el accionista único enajene parte de sus acciones, para que no deba hablarse de accionista único. Subsistiendo la personalidad jurídica de la sociedad, agrega nuestro autor, no se puede pretender la identidad jurídica subjetiva entre sociedad y accionista único. Cada uno de estos sujetos mantiene su propia responsabilidad en el respectivo círculo de las obligaciones que han contraído. Los acreedores personales del accionista único no pueden dirigir su acción contra los bienes de la sociedad. El accionista único en caso de insolvencia de la sociedad responde ilimitadamente por las obligaciones sociales contraídas en el período —siempre comprobable sobre la base del libro de socios— en que resulte que las acciones han pertenecido a ese socio. La regla es sabia, dice Messineo, por cuanto el socio único, cuando la sociedad no esté en situación de cumplir sus propias obligaciones, no merece ya el beneficio de la no responsabilidad, adquirido por vía indirecta (reuniendo todas las acciones). Y, además, se debe considerar que la sociedad haya llegado a aquel extremo también por efecto de la dirección de gestión impresa por el socio único; y aquel beneficio no debe ser el pretexto para sustraer este último a la responsabilidad consiguiente. Entonces debe suplir a ello el accionista único con su propio y personal patrimonio. (autor y opus cits. t. V, parág. 152, Nº 20, pág. 410 y 411; y G. Fré, opus cit. pag. 253).

CAPITULO VI

DE LOS ORGANOS SOCIALES

1. — De la asamblea

Art. 1691. — La asamblea debe ser convocada por los administradores en la sede de la sociedad, si el acto constitutivo no dispone otra cosa.

La asamblea es ordinaria o extraordinaria.

Art. 2363 C. italiano; 154 parág. 1º del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 347 de nuestro C. de comercio; 643 y 644 C.F.S. de las Obligaciones; 246 parág. 1º; 253 y 260 del C. alemán de comercio; 363 y 365 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

El art. 643 del C.F.S. de las Obligaciones estatuye que: "La asamblea general de accionistas constituye el poder supremo de la sociedad anónima", que el presente Código da por sabido. El art. 363 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades dice, por su parte que ella "es el órgano deliberativo de la sociedad y expresa la voluntad colectiva en las materias de su competencia", otra verdad que, por su manifiesta evidencia, no consideramos necesaria expresarla en la ley, implícita, como es.

La sede social, como lugar donde la asamblea debe reunirse, si los estatutos no disponen otra cosa, es conforme con lo dispuesto por los arts. 109 e inc. 2º del art. 1657 del presente Código. Tal lugar debe ser indicado en los avisos de convocatoria.

La regla que nos ocupa no es de caracter absoluto, porque cede a la fuerza mayor, como los casos de guerra, inundación, peste etc., que imposibiliten su aplicación, casos en los cuales podrán los administradores convocar válidamente la asamblea para reunirse en otro sitio.

La distinción entre asamblea ordinaria y la extraordinaria es tradicional de nuestro derecho comercial. Por referencia a las primeras, estatuye el art. 347 de nuestro C. de comercio que ellas deberán:

1º discutir, aprobar o modificar los inventarios, balances y memorias que los directores deberán presentar anualmente, lo mismo que los informes de los síndicos;

2º nombrar, en su caso, los directores y síndicos que deban reemplazar a los cesantes; y

3º Tratar de cualquier otro asunto mencionado en la convocatoria.

Respecto de las asambleas extraordinarias, preceptúa el art. 348 del mismo Código que ellas serán convocadas siempre que los directores o síndicos lo juzguen necesario, o cuando sean requeridas por accionistas que representen la vigésima parte del capital, si los estatutos no exigiesen una representación menor.

Sobre lo que acerca de estas materias, tan defectuosamente legisladas en nuestro C. de comercio, estatuye el presente Código, los artículos que siguen.

Art. 1692 — La asamblea ordinaria:

1) aprueba el balance;

2) nombra los administradores, los síndicos y el presidente del Colegio de síndicos;

3) determina la retribución de los administradores y de los síndicos, si no está establecida en el acto constitutivo;

4) decide sobre los otros objetos atinentes a la gestión de la sociedad reservados a su competencia por el acto constitutivo o sometidos a su examen por los administradores, así como sobre la responsabilidad de los administradores y de los síndicos.

La asamblea ordinaria debe ser convocada al menos una vez al año, dentro de los cuatro meses computados desde el cierre del ejercicio social. El acto constitutivo puede establecer un plazo mayor, o superior en todo caso a seis meses, cuando exigencias particulares lo requieran.

Ver: art. 2364 C. italiano; 154 parág. 2º C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 347 de nuestro C. de comercio; 644 C.F.S. de las Obligaciones; 246 parág. 2º; 253 y 260 C. alemán de comercio; 366 del Anteproyecto de Ley General de sociedades.
Ocioso sería explicar cada uno de los parágrafos del presente artículo, tan claros, como son, e invariablemente observados en la actividad jurídica de nuestras sociedades anónimas.

Art. 1693. — La asamblea extraordinaria decide sobre las modificaciones del acto constitutivo y sobre la emisión de obligaciones. Decide también sobre el nombramiento y los poderes de los liquidadores.

Ver: art. 2365 C. italiano; 158 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 644 in fine del C.F.S., de las Obligaciones; 367 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Variable es el criterio legislativo acerca de la competencia de las asambleas extraordinarias. Así, el in fine del art. 644 del C.F.S. de las Obligaciones se limita a decir que: **"Las asambleas generales extraordinarias son convocadas tantas veces como sea necesario"**, sin especificar las materias propias exclusivamente reservadas a su competencia. La doctrina civil suiza enseña que dichas asambleas tienen por materia propia las modificaciones del acto constitutivo. Nuestro artículo en examen agrega dos asuntos más: la emisión de obligaciones y el nombramiento y los poderes de los liquidadores. Los compiladores del Código italiano de 1942 juzgaron suficiente esa escueta referencia a los asuntos ya indicados, porque cualquiera lista o catálogo de asuntos que tengan atinencia a las disposiciones del acto constitutivo sería incompleta, a menos de referirse la ley a todos los asuntos disciplinados por los estatutos. Tales son las razones por las cuales no hemos trasegado aquí el art. 367 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, el cual, después de enumerar en sus incisos I) a VI), preceptúa por su inc. VII) que también pueden las asambleas extraordinarias deliberar sobre **"Cualquier otro asunto que no sea de los expresados en el artículo anterior"**, relativo a las asambleas ordinarias, de suerte que por esta amplitud no hacía falta la precedente clasificación de los asuntos reservados a su competencia.

Art. 1694. — La asamblea debe ser convocada por los administradores mediante aviso que contenga la indicación del día, la hora y el lugar de la reunión y la enumeración de las materias del orden del día.

El aviso deberá publicarse en dos diarios de la Capital con quince días de anticipación a la fecha indicada para la reunión.

En defecto de las formalidades expresadas, la asamblea se considerará constituída regularmente cuanto en ella esté representado el capital social entero e intervengan todos los administradores y los miembros del colegio de síndicos. Sin embargo, en tal hipótesis cada uno de los que en ella intervengan puede oponerse a la discusión de los asuntos acerca de los cuales no se considere suficientemente informado.

Art. 2366 C. italiano; 155 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 349 y 350 de nuestro C. de comercio; 369, 375 y 376 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La asamblea convocada para reunirse en otro lugar que su sede, salvo disposición del acto constitutivo que lo autorice, puede dar lugar a su impugnación por irregularidad, pues, ningún accionista puede ser obligado a concurrir a otro sitio que la sede de la sociedad.
La publicidad de la convocatoria es, dice Messineo, un caso de publicidad declarativa, en cuanto por su inobservancia se reputa como no regularmente constituída la asamblea.
La convocatoria debe hacer posible el diálogo personal de los socios en la sede social, de suerte que siendo así, como lo es, no sería asamblea un intercambio de opiniones entre los socios fuera de la sede, o por correspondencia, o por telégrafo o teléfono.
Es válida la asamblea llamada **totalitaria** reunida en la sede social, aun sin aviso oportuno y regularmente publicado, si en ella estuviese representado el capital social entero, e intervengan personalmente todos los administradores y todos los componentes del colegio de síndicos.
Una asamblea así puede deliberar sobre asuntos no incluídos en el orden del día, pero cada uno de los que asistan a ella podrán oponerse a la discusión y votación de aquellos asuntos acerca de los cuales no esté suficientemente informado. (ver autor y opus cits. t. V, parág. 152, Nº 28, C), pág. 434).

Art. 1695. — Los administradores deben convocar sin retardo la asamblea, cuando lo pida un número de socios que represente al menos la quinta parte del capital social y en la petición se indiquen los temas que deben ser tratados.

Si los administradores, o en su lugar los síndicos no proveen, la convocatoria de la asamblea podrá ser ordenada por el juez, el cual designará la persona que deba presidirla.

Ver: art. 2367 C. italiano; 159 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 348 parág. 2º de nuestro C. de comercio; 368 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Trátase de la convocatoria a petición de la minoría, prevista por el parág. 2º del art. 348 de nuestro C. de comercio, respecto del cual, como respecto del 159 del C. italiano de 1882, la modificación consiste en prever el caso de que ni los directores o administradores, ni los síndicos se avengan a convocar a la asamblea, hipótesis en la cual los peticionantes podrán pedir al juez que la ordene.

Art. 1696. — La asamblea ordinaria se constituye regularmente con la presencia de un número de socios que represente al menos la mitad del capital social, excluídas del cómputo las acciones de voto limitado. Dicha

asamblea delibera por mayoría absoluta, salvo que el acto constitutivo exija una mayoría más elevada.

Para el nombramiento de los cargos sociales, el acto constitutivo puede establecer normas particulares.

La asamblea extraordinaria decide con el voto favorable de un número de socios que representen más de la mitad del capital social, si el acto constitutivo no exije una mayoría más elevada.

Ver: art. 2368 C. italiano; 157, 158, 172 y 210 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 375 parágrafos 1º, 2º y 3º, y art. 376 parág. 1º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 350 parág. 1º de nuestro C. de comercio.

Cuanto al número de socios requerido para que las asambleas ordinarias se reputen legalmente constituídas, nuestro artículo sólo exije la presencia de tantos socios que representen "al menos la mitad del capital social", proporción que debe durar por todo el tiempo de la reunión, incluso el de la votación, porque de admitirse lo contrario, como Bonelli y Stratta lo sostuvieron en la doctrina italiana, sería dado a una minoría retirarse de la asamblea después de constituída sin otro fin que el de obstruir una válida deliberación de la mayoría. (ver: G. Fré, opus cit. pág. 282 y ss.).

El art. 350 de nuestro Código de comercio no estatuye con qué número de socios puede declararse legalmente constituída una asamblea, sin distinguir la ordinaria de la extraordinaria. Sólo preceptúa que sus resoluciones serán siempre por mayoría de los votos presentes, salvo los casos en que los estatutos exigiesen mayor número. Omite decir cuál sea el quorum necesario para deliberar válidamente, observación que no escapó a Segovia. (ver autor y opus cit. t. I, nota 1236, pág. 397).

A llenar este blanco de la legislación mira el art. 375 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, según el cual: "Para la constitución de la asamblea general ordinaria se requiere la presencia de accionistas que representen no menos de la mitad más una de las acciones ordinarias, excluídos del cómputo las de voto limitado".

La diferencia de este precepto, evidentemente inspirado en el art. 2368 del C. italiano de 1942, fuente de nuestro artículo, consiste en que aquél exige la representación de la mitad más una de las acciones ordinarias, al paso que para nuestro artículo el quorum legal se determina no por el número de acciones sino por la representación de al menos la mitad del capital social, que bien podría ser representada por un número menor de acciones.

Y es así como respecto del quorum legal de las asambleas extraordinarias requiere nuestro artículo el voto favorable de un número de socios que representen más del capital social, si el acto constitutivo no exige una mayoría más elevada. El art. 376 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, cambiando de sistema, preceptúa respecto al quorum de la asamblea extraordinaria, "la presencia de accionistas que representen el sesenta por ciento del capital social".

Nuestro artículo agrega que la asamblea ordinaria delibera por mayoría absoluta, o sea de la mitad más uno de los votos presentes, al paso que la extraordinaria requiere para la validez de sus deliberaciones el voto favorable de un número de socios que representen más de la mitad del capital social. Son dos distintos sistemas de computación de los votos emitidos

En ambos casos puede el acto constitutivo exigir una mayoría más elevada, pero no puede reducir la mayoría exigida por la ley.

Las acciones de goce, que a tenor de nuestro art. 1613 no tienen derecho a voto, no se computan para la constitución de la asamblea ordinaria.

Art. 1697. — Si los socios presentes no representan en total la parte de capital exigida por el artículo anterior, la asamblea debe ser convocada nuevamente.

En el aviso de convocatoria de la asamblea se puede fijar el día de la segunda convocatoria. Esta no puede tener lugar en el mismo día fijado para la primera.

Si el día para la segunda convocatoria no fuere fijado en el aviso, la asamblea debe ser convocada nuevamente dentro de los treinta días computados desde la fecha de la primera, y el término establecido por el segundo apartado del art. 1694 se reduce a ocho días.

En segunda convocatoria la asamblea ordinaria decide sobre los objetos que habrían debido ser tratados en la primera, cualquiera que sea la parte de capital representado por los socios presentes y la asamblea extraordinaria delibera con el voto favorable de un número de socios que representen más del tercio del capital social, a menos que el acto constitutivo requiera una mayoría más elevada.

Sin embargo, también en segunda convocatoria es necesario el voto favorable de un número de socios que represente más de la mitad del capital social para las deliberaciones concernientes al cambio del objeto social, a la transformación de la sociedad, a la disolución anticipada de ella, a la transferencia de la sede social al extranjero y a la emisión de acciones privilegiadas.

Ver: art. 2369 C. italiano; 157, 158, 172 y 210 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 351 y 354 de nuestro C. de comercio; 376 parágrafos 2º y 3º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

La segunda convocatoria es una obligación legal de los administradores que el acto constitutivo no puede eliminar, dice G. Fré. Prohibe nuestro artículo la vieja práctica de señalar el día de la segunda convo-

catoria para el mismo día y horas después de la indicada para la primera si a ésta no concurre o hacerse representar por lo menos el 50% del capital social. Ella, una vez reunida, delibera válidamente sobre los asuntos incluídos en el orden del día de la primera y frustrada asamblea ordinaria. Si la asamblea fuese extraordinaria se requerirá que sufraguen socios que representen más del tercio del capital social.

Art. 1698. — Pueden concurrir a la asamblea los accionistas inscritos en el libro de socios al menos cinco días antes del fijado para la asamblea, y los que hayan depositado dentro de dicho término sus acciones en la sede social o en los institutos indicados en el aviso de convocatoria.

Ver: art. 2370 C. Italiano; 370 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. Sin antecedente en la legislación comercial italiana anterior, ni en nuestro C. de comercio.
Nuestro artículo consagra el derecho de todo accionista a concurrir a la asamblea, incluso aquellos que están privados del derecho a voto, como los poseedores de acciones de goce (art. 1678, o de acciones privilegiadas a que se refiere el art. 1676 parág. 2º del presente Código, porque aun privados de voto, pueden aportar al debate útiles elementos de juicio para los votantes.

Art. 1699. — La asamblea es presidida por la persona indicada en el acto constitutivo o, en su defecto, por la designada por los accionistas presentes. El presidente es asistido por un Secretario designado del mismo modo.

La asistencia del Secretario no es necesaria si el acta de la asamblea es autorizada por un Escribano con Registro.

Ver: art. 2371 C. italiano; 374 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Sin antecedente en nuestro C. de comercio.
El presente artículo consagra una práctica inveterada por regla general contemplada en los estatutos de las sociedades por acciones, porque mal podría funcionar una asamblea sin una autoridad nacida de su seno encargada de imprimir orden y dirección a los debates. Ocioso es que si el Presidente fuese elegido por la asamblea, deberá reunir el voto favorable de la mayoría, y que debe gozar del voto de desempate.

Art. 1700. — Salvo disposición contraria del acto constitutivo, pueden los socios hacerse representar en la asamblea. La representación debe ser conferida por escrito, y los documentos respectivos deben ser verificados por la sociedad.

Los administradores y empleados de la sociedad no pueden representar a los socios en la asamblea.

Ver: art. 2372 C. italiano; 160 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 355 de nuestro C. de comercio; 371 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El representante de un accionista puede ser a su vez accionista o no serlo. El poder puede ser otorgado bajo firma privada. La única limitación establecida por el presente artículo es la relativa a la ineptitud legal de los administradores y empleados de la sociedad para desempeñar la representación.
El derecho del accionista a hacerse representar en la asamblea no es inderogable. Antes al contrario, puede el acto constitutivo privarle de tal derecho o limitar éste en su ejercicio, como por ejemplo, exigir que el poder sea otorgado por escritura pública.

Art. 1701. — El derecho a voto no puede ser ejercido por el socio en las deliberaciones en que tenga, por cuenta propia o de tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad.

La decisión tomada en infracción del parágrafo anterior que pueda causar daño a la sociedad, es impugnable a tenor del art. 1705 si, sin el voto de los socios que habrían debido abstenerse de votar, no se habría logrado la mayoría necesaria.

Los administradores no pueden votar las decisiones, referentes a su responsabilidad.

Las acciones respecto de las cuales, a tenor de este artículo, no se puede ejercer el derecho a voto, son computadas a los fines de la regular constitución de la asamblea.

Ver: art. 2373 C. italiano; 353 de nuestro C. de comercio; 380 y 373 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Sin antecedente en la legislación comercial italiana de 1882.
El presente artículo, como su fuente, resuelve un arduo problema que la doctrina más reciente ha estudiado con notable amplitud, siquiera para llegar a conclusiones discordantes que determinaron decisiones jurisprudenciales vacilantes, sin firmeza alguna.
En el silencio de la ley la doctrina enunció el problema en más o menos los siguientes términos: No obstante la soberanía de la asamblea en estimar la oportunidad de sus deliberaciones, **debe el socio votar de conformidad con el interés de la sociedad.** De lo contrario la deliberación puede ser anulada a demanda de cualquier socio.
Giancarlo Fré, a quien debemos esta información y a la que nos ceñiremos en lo que sigue, cita dos fallos: uno del Tribunal de Casación del 27 de abril de 1933 y otro del Tribunal de Roma del 18 de marzo del mismo año, por los cuales fue aquel principio rechazado porque "la incompatibilidad derivada de un

pretendido conflicto de intereses de los accionistas portadores de la mayoría de las acciones y de la sociedad misma, no influye sobre la validez de la deliberación de la asamblea regularmente aprobada".
Dos otros fallos de las cortes regionales: una del Tribunal de Apelación de Brescia del 17 de mayo de 1934 y otra del Tribunal de Apelación de Palermo del 13 de agosto del mismo año, se pronunciaron en sentido diametralmente opuesto al afirmar el derecho del socio a impugnar la deliberación de la asamblea cuando ésta "ejerce su poder no en provecho de la sociedad sino de la exclusiva utilidad de una mayoría coligada en daño de la minoría discordante".
El delicado problema quedaba así sumido en la incertidumbre creada por estas decisiones contradictorias.
La doctrina ofreció por vía de ejemplos casos hipotéticos de indudable interés, como la deliberación de una asamblea por la que se decide vender un establecimiento a otra sociedad de la que en gran medida hace parte la mayoría de accionistas de la sociedad vendedora; o por la que resuelve cerrar un establecimiento que producía en competencia con otra empresa en la que esa mayoría estaba interesada; o para la financiación de esta misma empresa; o suscribir el contrato llamado mordaza, en virtud del cual la actividad social quedaba completamente librada a la voluntad de los órganos de otra sociedad dominada a su vez por la mayoría que aprobó la respectiva deliberación.
Respecto de estos casos se habló de abuso o de exceso de poder de la mayoría, pero el esfuerzo doctrinal para identificar exactamente el fenómeno sobre la base de una definición objetiva de tal abuso, entendido éste como disconformidad con el interés social, no fue de mucha utilidad.
La noción del interés social, —agrega nuestro autor— no pudo establecerse en efecto sino en relación al objeto de la sociedad que es el de obtener una ganancia mediante el ejercicio de una determinada actividad. Ahora, se puede decir que corresponde a tal interés lo que aparece útil para la obtención de dicho fin en cuanto el interés es una anticipación ideológica de una eventual y futura utilidad. Evidente es —continúa G. Fré— que vinculando de este modo la noción del interés de la sociedad con la de su fin u objeto y viniéndose así a afirmar que todo acto de ésta debe ser conforme con su interés, no se superaba la dificultad proveniente del hecho de que los órganos de la sociedad y particularmente la asamblea deben ser libres en juzgar si una deliberación es o no conforme con los intereses de la sociedad, y que no sería posible dar un derecho de veto o de oposición a ningún socio singular, porque destruiría el sistema mayoritario y por consiguiente el fundamento de la función de la sociedad por acciones.
Por otra parte si toda deliberación de la asamblea fuese sometida a una eventual supervisión de conformidad con el interés de la sociedad ejercida por la autoridad judicial por vía de impugnación de ella, equivaldría a subordinar la decisión de la asamblea a una inadmisible censura de su mérito. Siendo así, la referencia al interés de la sociedad era insuficiente para la solución del problema, y sobre todo inconciliable con el funcionamiento de la sociedad y la exigencia de la práctica que quiere deliberaciones que no puedan ser anuladas por razones sujetas a discusión. Fue menester buscar en un atento estudio otra explicación del fenómeno, según la cual si la mayoría toma una decisión que a un observador imparcial le parece no conforme con los intereses de la sociedad, la razón de tal conducta debe buscarse en la circunstancia de que los socios que constituyen la mayoría, tienen un interés propio que está en conflicto con el interés de la s o c i e d a d. Se puede d e c i r, continúa nuestro autor, que una persona tiene interés adverso con el de otra, si la utilidad futura que para la primera es posible o probable está en pugna o competencia con la posible o probable utilidad que se presenta para la otra. Se puede juzgar de este antagonismo a través de la intención de la persona de quien se trata. A través de esta intención se puede establecer la existencia de una razón por la cual el socio, si es honesto, se abstendría de votar sobre un determinado objeto, cuando media para él un conflicto de intereses.
Nuestro artículo, como su fuente, acoge este concepto y prohibe al socio que vote en la deliberación en la que tiene, por cuenta propia o de un tercero, un interés en conflicto con el de la sociedad. Este precepto se inspira en el criterio similar al que i n f o r m a lo estatuido en nuestros arts. 665 y 1465 según los cuales el contrato concluído por el representante en conflicto de intereses con los de su representado, puede ser anulado. Análogamente el socio debe abstenerse de votar la deliberación en la que tiene un interés en conflicto con el de la sociedad.
El interés de que se trata puede ser propio del accionista o de un tercero. Podría el socio votar como simple prestanombre del tercero, verdadero propietario de su acción.
El interés propio del socio en conflicto con el de la sociedad debe ser real o efectivo y no hipotético. Siendo el interés una situación psicológica debe su existencia ser deducida de hechos exteriores que permitan afirmarlo sin duda alguna.
La sanción del voto emitido por una mayoría en conflicto del interés propio con el de la sociedad y la deliberación fundada en tal conflicto puede ser impugnada a tenor del art. 1701 bajo la condición de que, sin el voto de los vicios que habrían debido abstenerse de la votación, no se habría logrado la mayoría necesaria, y que la deliberación pueda ocasionar daño a la sociedad.
Bastaría que el daño fuese futuro para que la deliberación sea impugnable. El voto emitido en violación de la prohibición de nuestro artículo, sería un acto ilícito. No bastaría, empero esta ilicitud, si al mismo tiempo no es determinante de la invalidez de la deliberación, lo cual depende del número de votos ilícitos en relación a los lícitos, y que los primeros hayan sido necesarios para reunir la mayoría.
El parágrafo 3º de nuestro artículo no prohibe, como el art. 356 de nuestro Código de comercio que los directores voten sobre la aprobación de los balances, pero sí en las resoluciones sobre su responsabilidad. Para que esta norma sea aplicable debe tratarse de una deliberación que importe un juicio sobre la responsabilidad de los administradores, cualesquiera que sean las consecuencias que de tal juicio deriven o puedan derivar.
Dado lo preceptuado por el *in fine* de nuestro artículo, las acciones de goce destituídas del derecho a voto pueden ser computadas para la constitución de la asamblea, porque a estos efectos sólo se debe proceder a un cómputo aritmético, sin considerar la situación personal del accionista (ver G. Fré, opus cit. pág. 301 a 308).

Art. 1702. — Declarando los socios presentes que reúnan la tercera parte del capital en acciones que no están suficientemente informados acerca de los objetos sometidos a deliberación, podrán pedir que la reunión sea de nuevo convocada dentro de tres días.

Este derecho no puede ser ejercido sino una sola vez en relación al mismo objeto.

Ver: art. 2374 C. italiano; 162 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; sin antecedente en nuestro C. de comercio, y omitido en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, a menos que valga como concordante su art. 379, según así reza el informe de la Comisión en su Nota de Presentación de dicho Anteproyecto al Ministro de Educación y Justicia (ver pág. 80). Este precepto, sin referirse a la deficiente información de los accionistas asistentes a la asamblea acerca de los asuntos del orden del día sometidos a su consideración, como argumento de su petición de una segunda convocatoria dentro de tres días, para poder acopiar elementos de juicio que les permita deliberar con toda conciencia sobre los mismos asuntos, preceptúa simplemente que: "La asamblea puede pasar a cuarto inter-

medio por una vez a fin de continuar en otra fecha, dentro de los treinta días siguientes, a solicitud de accionistas que reúnan no menos del veinte y cinco por ciento del capital representado, etc".
Preferimos el modelo del art. 2374 del C. italiano por el que se confiere un derecho a los accionistas que, por escasa información de los administradores, se ven en la imposibilidad de emitir un juicio exacto sobre los negocios sometidos a su consideración, a exigir una nueva convocatoria para dentro de tres días, tiempo suficiente para instruirse acerca de lo que ignoran, pues, aun cuando en substancia esta dilación puede equipararse, por sus efectos, a los de un cuarto intermedio, la verdad es que este recurso usado por las asambleas deliberativas, puede cohonestar la fatiga de los asistentes a la reunión o lo avanzado de la hora, cuando por la extensión o la intensidad del trabajo o de las discusiones se impusiese la necesidad de decretarlo, tal como de él se abusa, sin ley que lo autorice, en los debates parlamentarios y en las asambleas de las entidades privadas regidas por análogos reglamentos o costumbres. Tampoco es recomendable el plazo de 30 días para la prórroga de las deliberaciones, pues, por regla general, los negocios de una sociedad por acciones no admiten excesiva demora en su examen y solución, sino, antes bien, requieren un pronto pronunciamiento.
La petición de nueva convocatoria puede ser formulada verbalmente por cualquier accionista con petición a la presidencia de ponerla a votación a fin de saber su procedencia, así como se reunan votos favorables de accionistas que representen la tercera parte del capital en acciones.

Art. 1703. — Las decisiones de la asamblea deben constar en acta suscrita por el presidente y por el secretario, o el Escribano. En ella se deben resumir, a petición de los socios sus declaraciones.

El acta de la asamblea extraordinaria debe ser labrada y autorizada por un Escribano.

Ver: art. 2375 C. italiano; 140 Nº 2 del C. italiano de comercio de 1882; 350 in fine de nuestro C. de comercio; 381 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
En tanto los accionistas presentes no pidan que en el acta conste su declaración, bastará que el Secretario la redacte esquemáticamente con la clara indicación de los asuntos debatidos y el resultado de cada deliberación.
La necesidad de que sea un Escribano quien labre y autorice el acta de las asambleas extraordinarias, es por la singular importancia de los asuntos sometidos a su pronunciamiento, como por ejemplo, la modificación del acto constitutivo.

Art. 1704. — Si existen diversas categorías de acciones, las resoluciones de la asamblea, que perjudiquen los derechos de una de ellas, deben ser aprobadas también por la asamblea especial de los socios de la categoría interesada.

A las asambleas especiales se aplicarán las disposiciones relativas a las asambleas extraordinarias.

Ver: art. 2376 C. italiano; sin antecedente en la legislación comercial italiana anterior, ni en nuestro código de comercio.
Las diversas categorías de acciones a que se refiere el presente artículo son aquellas que a tenor del art. 1676 parág. 2º de este Código pueden ser creadas por las sociedades por acciones "provistas de derechos diversos", sea por el acto constitutivo o por modificaciones sucesivas del mismo acto.
Suponiendo que las acciones privilegiadas creadas al lado de las ordinarias gocen del derecho a un dividendo del 6% de su valor nominal después que se hayan pagado los dividendos correspondientes a las acciones ordinarias, y que por deliberación de una asamblea general se modifique el objeto de la sociedad en el sentido de ampliar sus actividades por aplicación del capital a otros negocios en tal volumen que por cierto período de tiempo sus utilidades sean absorbidas por estos nuevos negocios, evidente sería el perjuicio que de ello podría derivar para los poseedores de acciones privilegiadas. No sufrirían éstos una disminución de sus utilidades, porque el privilegio de que se trata no confiere un derecho a la existencia de las utilidades, sino sólo un derecho de preferencia en su distribución, después de haberse pagado a los poseedores de acciones ordinarias. Para tutelar a las acciones privilegiadas así perjudicadas, viene dispuesto por nuestro artículo la obligación de someter la deliberación de la asamblea general a la asamblea especial de accionistas poseedores de acciones privilegiadas, la cual podría aprobarla o desecharla o, modificarla, como por ejemplo si admitiese que las acciones privilegiadas sólo tendrán derecho a un dividendo a la par del 5% antes que al 6% después que pueda procederse a la distribución de las utilidades a las acciones ordinarias.)
La modificación del acto constitutivo resuelta por la asamblea general podría llegar al extremo de suprimir sin otro derecho la preferencia atribuída a las acciones privilegiadas, o crear, en ocasión de un aumento de capital, una nueva categoría de acciones privilegiadas aun respecto de las precedentemente privilegiadas.
La doctrina atribuye a la presente disposición carácter excepcional, en cuanto la respectiva deliberación de la asamblea general debe sólo ser aprobada a condición de vincular a todos los socios. Como no se trata de una deliberación que todo socio pueda impugnar, puede ser válidamente aprobada por la mayoría, si la ley no requiere la aprobación del grupo de aquellos socios que, por el derecho especial que se les reconoce, puedan impugnarla.
En las categorías especiales de acciones a que se refiere el presente artículo no se incluyen las acciones de goce, porque éstas no son en substancia sino una indemnización conferida al socio por la pérdida de su acción de capital.
La asamblea especial debe ser convocada con carácter de extraordinaria, que son las que a tenor del art. 1679 permiten derecho de participación a los poseedores de acciones privilegiadas. Viene de aquí lo estatuido por el in fine de nuestro artículo según el cual "A las asambleas especiales se aplicarán las disposiciones relativas a las asambleas extraordinarias".
La asamblea especial quedará constituída en la primera convocatoria con el voto favorable de tantos socios de la categoría interesada que representen más de la mitad de las acciones privilegiadas, si los estatutos no exigen una mayoría más elevada.
En segunda convocatoria la dicha asamblea deberá deliberar con la mayoría establecida en el art. 1696 parágrafo 3º del presente código. (Ver: G. Fré, opus cit. pág. 317 a 320).

Art. 1705. — Las decisiones de la asamblea, tomadas de conformidad

con la ley y con el acto constitutivo, obligan a todos los socios, aun cuando no hayan intervenido en ellas o sean disidentes.

Las decisiones no tomadas de conformidad con la ley o el acto constitutivo pueden ser impugnadas por los administradores, los síndicos y los socios ausentes o disidentes, y las de la asamblea ordinaria también por los socios con derecho a voto limitado, dentro de los tres meses computados desde la fecha de la deliberación, o bien, si ésta se halla sujeta a inscripción en el registro de las empresas, dentro de los tres meses computados desde la inscripción.

La anulación de la decisión produce efectos respecto a todos los socios y obliga a los administradores a dictar las consiguientes providencias, bajo su propia responsabilidad. En todo caso quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros sobre la base de los actos realizados en cumplimiento de la decisión.

La anulación de la decisión impugnada no puede tener lugar si ella es sustituida por otra resuelta de conformidad con la ley y el acto constitutivo.

Ver: art. 2377 C. italiano; 163 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 357 y 353 de nuestro Código de comercio y 384 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Donde el art. 163 del C. de comercio italiano de 1882 y los arts. 357 y 353 del nuestro dicen que El parágrafo primero de nuestro artículo es afirmación de la soberanía de la asamblea general en tanto sus deliberaciones se ajustan a la ley y al acto constitutivo. De lo contrario, ellas pueden ser impugnadas, como lo estatuye el parágrafo segundo, por los administradores, los síndicos, los socios ausentes y lo disidentes, dentro de los tres meses computados desde la deliberación, para obtener su anulación, porque a estar a la doctrina, en este caso sólo se contemplan las deliberaciones que no son nulas, sino anulables, distinción de la mayor importancia comparada con los efectos atribuídos por el art. 353 de nuestro Código de comercio, al acto nulo, como lo enseña Segovia en la nota 1296, pág. 400 del t. I de su Explicación y Crítica del Nuevo Código de Comercio de la República Argentina; de nulidad absoluta y manifiesta, según Raymundo L. Fernández, en su Código de Comercio Comentado (t. I, volumen 2, pág. 533); tal como lo afiman: Siburu (t. V, Nº 1333, pág. 161); Malagarriga (t. II, pág. 222 y jurisprudencia allí citada); y Rivarola (Sociedades Anónimas, t. II, Nº 236, pág. 23), menos F. J. Garc (Sociedades Anónimas, t. II, Nº 261, pág. 52) quien, ya influído por la doctrina italiana, admite la distinción de deliberaciones nulas y anulables.

Nadie se asombre de la distinción que se estatuye en el presente artículo y el siguiente en cuanto a la forma de invalidación de las decisiones de la asamblea, sea ésta ordinaria o extraordinaria, cuando sólo se trata de su anulabilidad, y no de su nulidad, de que ratareinos más adelante, conceptos ambos sensiblemente confundidos por el art. 353 de nuestro C. de comercio y no menos por el art. 163 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado, como si no hubiese diferencia alguna entre deliberaciones nulas y las meramente anulables.

Ocupándose Messineo de la fuente del presente artículo juzga que ella, como el siguiente, son disposiciones profundamente innovadoras, en parte modeladas sobre la legislación alemana, comparadas con lo estatuido por el art. 163 del C. de comercio italiano de 1882, análogo, diríamos, por su similitud, con el art. 353 de nuestro Código de comercio.

Cuanto a la importancia de los dos señalados preceptos, agrega nuestro autor que el poder de invalidación que amoos consagran, constituye la manifestación más destacada de la denominada protección de las minorías y de los derechos individuales del socio singular.

Como la homologación de la deliberación, por el juez, no se refiere al mérito de ella, indiferente es que la deliberación haya sido homologada o que ésta haya sido negada por el juez, porque en cualquiera de ambos casos, el derecho de invalidación conferido el accionista disidente podrá ejercerse (ver autor y opus cit. t. V, parág. 152, Nº 34, pág. 454).

Las razones porl as cuales las deliberaciones de la asamblea pueden invalidarse son directas o indirectas Son directas cuando la deliberación es inválida, considerada en sí y por sí. Y son indirectas cuando la asamblea ha sido irregularmente convocada, o porque se ha constituído irregularmente.

Además, agrega Messineo, la invalidez de la deliberación impugnable puede depender de irregularidad formal, mientras eliminando el caso indiscutido, a que se refiere el segundo apartado de nuestro art. 1701 (conflicto de intereses entre el socio, asistente y votante en asamblea, y la sociedad) se discute si son materia de impugnación, a tenor del presente artículo, también las irregularidades sustanciales.

Diversos son los casos de impugnabilidad de la asamblea, incluso el de haber influído en la deliberación el peso de un voto no válido, por haberlo emitido quien estaba destituído del derecho a votar, como el administrador y el síndico, no socios, y en cuanto a su responsabilidad, el socio administrador; el socio que está en conflicto de intereses con la sociedad; o el socio suspendido en su derecho a voto, como el que está en mora de los décimos; o las acciones adquiridas por la misma sociedad emitente, etc.

Incluye también la impugnación promovida por socios dotados del derecho a voto, como los administradores, los síndicos y los socios ausentes o disidentes, a tenor del parágrafo 2º de nuestro artículo, cuando la deliberación no es conforme con la ley o con el acto constitutivo, y las de las asambleas ordinarias por los socios con derecho a voto limitado.

Sólo quedan excluidos los socios presentes que votaron favorablemente la deliberación impugnada, lo que no siempre puede saberse si el voto ha sido emitido por papeletas secretas, o levantándose, o levanatndo las manos. El socio ausente debe suministrar la prueba de no haber asistido a la asamblea.

El término de decadencia para impugnar las deliberaciones es de tres meses, computados desde la deliberación o desde la inscripción en el registro de las empresas.

La impugnación debe promoverse en juicio ordinario ante juez competente.

La sentencia que haga lugar a la impugnación causa estado no sólo respecto del impugnante, sino también respecto de todos los socios, como sentencia constitutiva que es, lo que obliga a los administradores a no ejecutar la deliberación anulada. Quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros sobre la base de los actos realizados en ejecución de la deliberación. (ver autor y opus cit t. V, parág. 152, A), pág. 455).

Art. 1706. — La impugnación debe promoverse ante el juez en cuya jurisdicción se halle la sede de la sociedad.

El socio impugnante debe depositar en la Secretaría del Juzgado por lo menos una acción. El Juez podrá disponer que el socio impugnante preste una garantía idónea para el eventual resarcimiento de los daños.

Todas las impugnaciones relativas a la misma decisión deben ser promovidas conjuntamente y decididas por sentencia única. El juicio podrá iniciarse una vez transcurrido el término establecido en el parágrafo 2º del artículo anterior.

El Juez, oídos que sean los administradores y los síndicos, puede suspender, si concurren graves motivos, a petición del demandante, la ejecución de la decisión impugnada, por auto motivado de que se notificará a los administradores.

La parte dispositiva del auto de suspensión y de la sentencia que decida sobre la impugnación deben inscribirse por los administradores en el registro de las empresas.

Ver: art. 2378 C. italiano; 163 del C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 384 y 385 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio salvo el parág. 1º de su art. 353 en cuanto a la suspensión de la ejecución de la deliberación por orden del juez de la causa.

Art. 1707. — A las decisiones, nulas por imposibilidad o ilicitud de su objeto se aplicarán los arts. 675 inc. 2º y 678.

Ver: art. 2379 C. italiano; sin antecedente en el Código de comercio italiano de 1882, ni en nuestro C. de comercio.

A estar a lo estatuido por el art. 1707 la impugnación debe ejercerse en juicio ordinario por demanda promovida ante juez competente da que debe correrse traslado a los administradores y los síndicos.

Si las causas de impugnación son más de una, todas deben ser acumuladas en una sola demanda y ser objeto de una sentencia única. La demanda sólo podrá promoverse vencido que sea el término de tres meses computados desde la deliberación impugnada, o bien, si ésta estaba sujeta a inscripción, desde el día de la inscripción en el registro de las empresas.

Para que la demanda sea admitida debe el actor depositar por lo menos una acción en la Secretaría del Actuario como medio de acreditar su calidad de socio.

El usufructuario de acción y el acreedor pignoraticio no pueden demandar la nulidad de una deliberación fundados en el certificado de su calidad de tal otorgádoles por el Secretario de la sociedad.

Promovida y notificada que sea la demanda, podrá el impugnante pedir al Juez de la causa la suspensión de la ejecución de la deliberación, como medida cautelar, pero siempre fundada en motivos graves, como por ejemplo, el peligro de daño personal al socio, al administrador o al s í n d i c o que siendo a la vez socios son impugnantes.

El juez decidirá por auto a su vez motivado, el cual debe ser inscrito en el registro de las empresas.

Viniendo ahora a la disposición del art. 1707, según el cual las deliberaciones nulas sólo son dos: por imposibilidad de su objeto o por ilicitud de su objeto, hipótesis ambas contempladas y regidas por los arts. 675 inc. 2º y 678 del presente Código.

Mas refiriéndose Messineo a la fuente de nuestro artículo pregunta si él puede ser integrado con nuevas hipótesis de nulidad, y en caso afirmativo sobre qué base de hermenéutica (ver autor y opus cits. t. V, parág. 152, Nº 36, pág. 458).

Giancarlo Fré, por su parte, enseña que los dos últimos artículos no excluyen la necesidad de establecer cuándo una deliberación deba considerarse nula o anulable, y cuáles sean las consecuencias que derivan de tal distinto grado de invalidez.

Según este autor los dos casos contemplados en nuestro art. 1707 no resuelven integralmente la intrincada materia de las causas de nulidad que pueden agregarse a la imposibilidad o ilicitud del objeto de la deliberación. Con este criterio, G. Fré pasa a examinar los siguientes casos de nulidad:

a) La deliberación será indudablemente nula cuando falte un requisito de existencia de la asamblea, como por ejemplo, si no fuere digna de fe la convocatoria.

Mas si la convocatoria fuere meramente irregular o intempestiva, no podría sostenerse que la asamblea es inexistente. Se trataría sólo de la anulabilidad de la asamblea, pero no de su nulidad.

Ya hemos visto a propósito de la asamblea llamada totalitaria que aun sin aviso previo de convocación, es válida si asisten todos los socios, siquiera estén ausentes algunos de los administradores o de los síndicos.

b) La deliberación será igualmente nula —agrega nuestro autor— no obstante la regular constitución de la asamblea si no reune el voto favorable de la mayoría especial que la ley o el acto constitutivo exigen para tal cual deliberación de particular importancia. Así, si los que concurren a formar la mayoría fuesen sólo socios aparentes, que no tienen derecho a voto, debe concluirse que la deliberación es nula.

c) Finalmente, la deliberación será nula por imposibilidad o ilicitud del objeto de la asamblea. La imposibilidad puede ser física o jurídica. La ilicitud tendrá lugar cuando la deliberación sea contraria a las buenas costumbres o las prohibiciones de la ley, o de un reglamento municipal o de policía, todas inderogables como limitativas que son de la actividad de las personas con mira a la disciplina de la sociedad (ver autor y opus cits. pág. 321 a 342).

2) De los administradores

Art. 1708. — La administración de la sociedad puede confiarse también a personas que no son socios.

Cuando la administración es confiada a varias personas, éstas constituyen el consejo de administración.

Si el acto constitutivo no establece el número de administradores, sino que sólo indica un número máximo y un número mínimo, su determinación corresponderá a la asamblea.

El consejo de administración elige entre sus miembros al Presidente, si éste no es nombrado por la asamblea.

Ver: art. 2380 C. italiano; 121 C. de comercio italiano de 1882; 335 y 336 de nuestro C. de Comercio; 649 del C.F.S. de las Obligaciones; 231 C. alemán de comercio; 311 y 315 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Nuestro artículo, como su fuente, resuelve una ardua controversia doctrinal suscitada por la naturaleza de las funciones del administrador o de los administradores, que según el art. 121 del C. de comercio italiano de 1882 y el 336 parágrafo 2º de nuestro C. de comercio, es la de un **mandato**, tal como se la concibió por el derecho tradicional. Mas al cabo de un siglo de aplicación de los viejos Códigos de comercio, tiempo en el cual tanto la doctrina, como la jurisprudencia rectificaron muchísimos conceptos, autores hay al presente como Giancarlo Fré según el cual la idea de **mandato** aplicada a la función de los administradores de las sociedades por acciones es una **infeliz** terminología, siquiera por el art. 2392 del C. italiano de 1942 se estatuya que los administradores deben cumplir los deberes que le son impuestos, **con la diligencia del mandatario**, no porque su función sea la de un **mandato**, sino porque no hay otra manera de establecer por comparación cuál sea la diligencia que ellos deben observar en el desempeño de sus funciones. Difícil es concebir la existencia de un mandato, —agrega nuestro autor—, allí donde está excluída la posibilidad de que el mandato exista, lo que se comprueba precisamente en el caso de la sociedad respecto de la cual el legislador ha dispuesto un tipo de organización según la cual el órgano administrativo es previsto como un necesario elemento constitutivo del ente.

No menos decisivo para excluir que los administradores puedan definirse como mandatarios de la sociedad, agrega G. Fré, es que se buscaría inútilmente en su nombramiento el elemento indispensable para la conclusión de todo contrato, esto es el encuentro de dos voluntades. Para la designación de los administradores la asamblea hace una declaración unilateral de voluntad a cuyo encuentro el administrador nombrado por ella no expresa la aceptación de una oferta directa destinada a crear una relación contractual, y a falta de la cual la oferta sería ineficaz. En el nombramiento de los administradores se ofrece un concurso, no un encuentro, de dos voluntades, de donde viene la imposibilidad de reconocerle estructura contractual. El mandato es un contrato, al paso que el nombramiento de los administradores es un acto unilateral de la asamblea, que nuestro autor compara con el nombramiento que un testador hace del ejecutor de sus disposiciones testamentarias, o con la designación que hace el juez de un tutor dativo al menor que no lo tiene.

El administrador es así un **órgano social** necesario para que la sociedad pueda realizar los fines de su institución mediante el ejercicio de la actividad económica determinada en el acto constitutivo como objeto de ella.

Nuestro artículo no fija límites a las facultades del administrador, porque conforme el legislador con la doctrina entiende que el órgano administrativo deba obrar para la actuación del interés social con aquella plenitud de poderes inherentes a la función que la ley lu atribuye. Si estos poderes se redujesen al ámbito exclusivo de la administración, definido por nuestro art. 1460. los administradores de una sociedad por acciones se verían en la imposibilidad de realizar los fines de la sociedad por falta de facultades dispositivas. Por consiguiente se debe entender, por derogación de nuestros arts. 1460 y 1461, que los administradores están facultados a realizar todos los actos enderezados a la consecución del fin social, sean ellos de ordinaria o extraordinaria administración, salvo limitaciones expresas del acto constitutivo. Es de práctica que los estatutos de toda sociedad por acciones regule de modo indirecto la esfera de la competencia de los administradores, como instrumento necesario para la actuación del interés social y el cumplimiento de los deberes que la ley pone a su cargo.

La actividad administrativa no es discrecional. Se distingue en ella la **actividad ejecutiva**, ejercida en el orden interno: y la **actividad representativa**, en el orden externo. Más adelante veremos las restricciones legales a la actividad de los administradores en relación a una competencia directa o indirecta, o a un interés en conflicto con el de la sociedad. Desde este punto de vista el art. 338 de nuestro Código de comercio es harto claro y terminante al prohibirles hacer por cuenta de la sociedad operaciones ajenas a su objeto, y negociar o contratar por cuenta propia, directa o indirectamente, con la sociedad que administran.

En cuanto a la elección de los administradores, salvo disposición contraria de los estatutos, la asamblea es libre de hacerla en personas extrañas a la sociedad. Trátase de una innovación en esta materia. El art. 649 del C.F.S., de las Obligaciones estatuye que **"la administración no puede ser confiada sino a los accionistas. Si se la confía a personas que no lo son, no podrán entrar en funciones sino después de haber adquirido esa calidad por la adquisición de acciones"**.

En el mismo sentido que nuestro artículo, estatuye el art. 312 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades que **"no es obligatoria la calidad de accionista"** para ocupar el cargo de director o administrador de la sociedad por acciones, a propósito de lo cual sus compiladores se expresan como sigue: "Estamos frente a una realidad que, si bien más acentuada en los países superdesarrollados económicamente, se observa cada día con caracteres más acentuados en nuestro medio: la formación de dirigentes de empresa, de alta preparación técnica, aptos para asumir las cada día más difíciles funciones directivas de las grandes empresas (J. Burham, La revolución de los directores; P. F. Drucker, La nueva sociedad). (ver: Nota de Presentación del Anteproyecto, pág. 73).

Dada la libertad así consagrada de la asamblea para elegir administradores, sería nula la cláusula estatutaria que restringiéndola subordinase la elección a condiciones tales que aseguren a determinados socios la prerrogativa de ser los únicos administradores de la sociedad.

Siendo más de uno los administradores constituyen el Consejo de administración, regido por el principio mayoritario, de conformidad con lo preceptuado por nuestro art. 1716. Su número puede ser indicado por el acto constitutivo, o en su defecto puede ser establecido dentro de un **mínimum** y un **máximum**, de modo que la asamblea, sin modificar el acto constitutivo, pueda reducirlo o aumentarlo dentro de dichos límites. Dado lo estatuído por nuestro art. 1714 será válida la cláusula estatutoria por la que se autorice al Consejo de Administración a sustituir al miembro de ella que llegare a faltar en el curso de su ejercicio por deliberación aprobada por el colegio de síndicos, pero por sólo el tiempo que reste hasta la próxima asamblea. Si la asamblea no provee al nombramiento del Presidente del Consejo de Administración, éste podrá elegirlo dentro de su propio seno. Nuestro artículo no especifica las funciones del Presidente, pero se entiende que ellos no pueden ser otras que la de presidir las sesiones del Consejo, dirigir y poner orden en las discusiones, redactar con la colaboración del Secretario las actas de cada sesión y suscribirlas los dos.

El acto constitutivo puede conferir al Presidente la representación externa de la sociedad con la facultad

de administración, de suerte que siendo así no existe una relación de subordinación entre el comité las limitaciones de sus facultades conocidas por los terceros mediante la inscripción en el registro de las empresas. Ocioso es decir que si el Presidente se excediese en sus facultades, responderá de todo daño que de ello derive para la sociedad.

Art. 1709. — El consejo de administración, si el acto constitutivo o la asamblea lo autoriza, puede delegar sus propias atribuciones en un comité ejecutivo compuesto de algunos de sus miembros, o en uno o varios de sus miembros, con determinación de los límites de la delegación. No podrán delegarse las atribuciones indicadas en los arts. 1751, 1771 y 1774.

Ver: art. 2381 C. italiano; 344 de nuestro C. de comercio; 2381 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Comparado el presente artículo con el art. 344 de nuestro C. de comercio puede verse que no importa una modificación substancial de esta norma, la que al autorizar al Directorio a atribuir la parte ejecutiva de las operaciones sociales a un gerente, se inspira en la dificultad de ejercer de una manera permanente y contínua la gestión administrativa de la sociedad por medio de un órgano colegiado, y la necesidad consiguiente de que éste pueda delegar sus propias atribuciones ejecutivas en un comité compuesto de algunos de sus miembros o en uno o varios de éstos, con determinación de los límites de la delegación. El comité ejecutivo así nombrado queda investido de las mismas facultades del Consejo de administración, de suerte que siendo así no existe una relación de subordinación enrte el comité delegado y el Consejo de administración delegante. La delegación no importa una transferencia definitiva de las atribuciones del Consejo de administración. Este podrá abocarse en cualquier momento el conocimiento de un negocio ya iniciado por el comité ejecutivo. Podrá igualmente revocar ad nutum la delegación, aun cuando el administrador delegado haya sido nombrado en el acto constitutivo.
Son indelegables las facultades del Consejo de administración relativas a la redacción del balance; al aumento del capital y a la disminución del capital por pérdidas.
La doctrina es incierta acerca de la naturaleza jurídica de la relación nacida entre la sociedad y el administrador delegado. Se trata, dice Giancarlo Fré, de una relación compleja resultante de la combinación de elementos contractuales y no contractuales y que, como tal, debiera ser incluído en una categoría cuya construcción ofrece indudable dificultad mucho más notable de aquella a que da lugar la noción del llamado contrato mixto. El elemento contractual de dicha relación no es propia de ninguno de los tipos de contratos previstos por el código. No se trata en efecto del trabajo subordinado, porque el administrador no es un dependiente de la sociedad; ni puede hablarse de un trabajo autónomo porque el objeto de la relación no es la prestación de una obra o de un servicio considerado en sus resultados. Tampoco parece que pueda referirse al contrato de mandato si se considera que la compleja actividad de carácter técnico, administrativo y organizativo, diremos, si se nos permite la expresión, que el administrador delegado debe cumplir en la gestión de la sociedad escapa a la definición del mandato concebido únicamente para el cumplimiento de actos jurídicos de parte del mandatario por cuenta del mandante.
Rendido nuestro autor a estas dificultades concluye por admitir que si un fenómeno jurídico no puede ser incluído en ninguna de las categorías contractuales establecidas por la ley y la doctrina, sólo resta considerarlo como una combinación de elementos de categorías diversas.
Si el administrador delegado fuese revocado sin justa causa, le correspondería el resarcimiento del daño por la revocación, como lo dispone nuestro artículo 1711, o por la consiguiente pérdida de su posición de administrador delegado.
En este caso, el resarcimiento del daño deberá ser determinado en consideración al período de tiempo por el cual fue nombrado administrador, salvo que se le haya reconocido el derecho a una especial compensación. Si el administrador delegado ha sido nombrado por tiempo indeterminado, podrá igualmente ser revocado por el consejo de administración, con un p r e a v i s o prudencial. Si la revocación tuviese lugar sin justa causa, tendrá también el derecho a la indemnización, cuyo monto se establecerá teniendo en cuenta haberse observado o no el pre-aviso (ver autor y opus cit. pág. 349 a 357).

Art. 1710. — No puede ser nombrado administrador y si es nombrado cesa en sus funciones, el interdicto, el inhabilitado, el quebrado o el que haya sido condenado a una pena que importe la inhabilitación, aunque sea temporal, para el desempeño de funciones públicas o incapacitado para ejercer cargos directivos.

Ver: art. 2382 C. italiano; 181 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 336 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.
El art. 336 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades agrega que tampoco pueden ser administradores: los menores, salvo los mancipados y los autorizados para el ejercicio del comercio; los demás incapaces; las personas de existencia ideal; los condenados por delitos contra la propiedad; los que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio; los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con las actividades de la sociedad; los que actúen ene mpresas en competencia o tengan intereses opuestos; y en general, toda persona que se encuentre en situación de incompatibilidad legal o moral para el ejercicio de tales cargos.
Aun cuando la ley no dice que sólo las p e r s o n a s físicas de uno y otro sexo son hábiles para ser administradores, siempre que tengan la absoluta capacidad de administrar sus propios bienes, ocioso es que los menores de edad, aunque sean emancipados, y con harta mayor razón los demás incapaces, no puedan serlo, como tampoco se concibe que una persona jurídica pueda ser administrador de una sociedad por acciones, desde que las personas jurídicas están a su vez sujetas por su incapacidad de obrar a una representación necesaria.
Para que la interdicción por perturbación mental produzca la caducidad de la designación del paciente como administrador, será menester que haya sido declarado por tal por sentencia de juez competente, porque en tanto no sea declarado gozará de capacidad de obrar salvo lo dispuesto por los arts. 519 y 520 del presente Código. La simple denuncia de su perturbación mental no suspende su capacidad, tanto que el denunciado puede asumir su propia defensa en juicio.
Los casos de incompatibilidad contemplados en el art. 336 del Anteproyecto argentino son disciplinados por disposiciones especiales del presente Código.

Art. 1711. — El nombramiento de administradores corresponde a la asamblea, excepción hecha de los primeros administradores, los cuales

son nombrados en el acto constitutivo y salvo lo dispuesto por los arts. 1786 y 1787.

El nombramiento de los administradores no puede hacerse por un período que exceda de tres años.

Los administradores son reelegibles, salvo disposición contraria del acto constitutivo, y son revocables por la asamblea en cualquier momento, aunque hayan sido nombrados en el acto constitutivo, salvo el derecho del administrador al resarcimiento de los daños, si la revocación tiene lugar sin justa causa.

Dentro de los quince días computados desde la noticia de su nombramiento, los administradores deben pedir su inscripción en el registro de las empresas, con indicación para cada uno de ellos de su nombre y apellido, patria, edad, estado y domicilio.

Ver: art. 2383 C. italiano; 121 y 124 C. italiano de comercio de 1882, ya abrogado; 335 y 336 de nuestro C. de comercio; 649 C.F.S., de las Obligaciones; 231 C. alemán de comercio; 311 y 312 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Los administradores son nombrados por la asamblea, sin otra excepción que los primeros administradores, los cuales son nombrados en el acto constitutivo, sin que ésto autorice a sostener que dado el carácter contractual de su nombramiento escapan a la regla de su revocabilidad ad nutum, pues, ya hemos dicho que el nombramiento de los administradores no reviste los caracteres propios del contrato, desde que no media oferta y aceptación, o sea dos voluntades que se encuentran, sino dos voluntades paralelas.

La asamblea no sólo tiene el derecho sino también el deber de proveer al nombramiento de administradores, porque siendo éstos órganos esenciales para el funcionamiento de la sociedad, mal podría la asamblea excusarse de nombrarlos sin comprometer la existencia misma de la sociedad.

Los administradores no pueden ser nombrados por un plazo que exceda de tres años, sin perjuicio de su reelegibilidad, salvo disposición contraria de los estatutos

Nuestro artículo nada dispone acerca de la aceptación del cargo. Mas ésta puede inferirse de toda actividad incompatible con la voluntad contraria, como por ejemplo por la asunción del cargo siquiera con omisión de la inscripción de su nombramiento en el registro de las empresas dentro de los quince días computados desde su nombramiento.

La asamblea puede revocar el nombramiento de los administradores, en cualquier momento, sin que por el acto constitutivo pueda privársele de dicha facultad, o limitarla de cualquier modo.

La revocación sin justa causa confiere al revocado el derecho a la indemnización del daño

La justa causa puede ser objetiva cuando consiste en un hecho extraño a la persona del revocado, o subjetiva en el caso contrario o sea cuando se trate de un hecho atinente a su comportamiento, como por ejemplo el descrédito en que por sus desarreglos haya caído el administrador, siquiera dentro de la sociedad observe conducta intachable.

En lo que concierne a la liquidación del daño sufrido por el revocado, enseña Giancarlo Fré que aun cuando la relación existente entre la sociedad y el administrador no es de origen contractual, que le es aplicable por analogía el principio del resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de las obligaciones contractuales. Se indemnizará el daño emergente y el lucro cesante, o sea la compensación por el período que el administrador deja de desempeñar su cargo. (ver: autor y opus cits. págs. 359 a 364).

Art. 1712. — A los administradores que tienen la representación de la sociedad se les aplican las disposiciones del art. 1626.

Ver: art. 2384 C. Italiano; 189 inc. 8º C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

Por aplicación del art. 1626 a los actos del administrador de la sociedad por acciones que tenga la representación de la sociedad, queda dicho que éste puede cumplir todos los actos comprendidos en el objeto social, por los que obliga a la sociedad. Esta amplitud de su facultades no impedirá que responda a la sociedad del daño que eventualmente le hubiere causado al obrar con exceso de los poderes de administración que le fueron delegados sin atenerse a las deliberaciones e instrucciones del órgano administrativo. Las limitaciones que por el acto constitutivo se hubiesen establecido respecto de los poderes del administrador, no son oponibles a los terceros si no fueren inscriptas en el registro de las empresas o si no se prueba que los terceros no tenían conocimiento de ellas. Se aparta así, dice Grandi, toda razón de incertidumbre acerca de la tutela a los terceros y a la sociedad, trayendo un notable elemento clarificador en un campo en el cual es más indispensable una neta precisión de los poderes del representante. (ver autor y opus cits. Nº 979, pág. 661; y G. Fré, opus cit. pág. 364 y ss.).

Art. 1713. — El administrador que renuncia al cargo debe dar comunicación escrita de ello al consejo de administración y al presidente del colegio de síndicos. La renuncia produce efecto inmediato, si permanece en su cargo la mayoría del consejo de administración, o, en caso contrario, desde el momento en que la mayoría del consejo se ha constituído de nuevo como consecuencia de la aceptación de los nuevos administradores.

La cesación de los administradores por vencimiento del término produce efecto desde el momento en que el consejo de administración se ha constituído de nuevo. La cesación de los administradores del cargo por cualquier causa se debe inscribir dentro de los quince días en el registro de las empresas por intermedio del colegio de síndicos.

Ver: art. 2385 C. italiano. Los administradores pueden renunciar su cargo en cualquier momento. No pueden ser obligados a continuar en su desempeño.

Acto unilateral la renuncia, como unilateral es la investidura del cargo, no necesita ser motivada y no obliga al renunciante a indemnizar a la sociedad. Mas el renunciante debe dar comunicación escrita de su renuncia al consejo de administración y al presidente del colegio de síndicos. Esta comunicación es una declaración receptiva, la cual no produce efecto antes que todos sus destinatarios la hayan recibido. En efecto puede ser inmediato o retardado.
Será inmediato si la mayoría del consejo de administración permanece en sus cargos. En el caso contrario, producirá efecto desde que el consejo se haya constituído de nuevo. Con este sistema se garantiza a la sociedad contra el peligro de que su actividad sea paralizada por la renuncia intempestiva de uno de sus administradores.
La inscripción de la renuncia en el registro de las empresas debe ser proveída y llevada a cabo por el colegio de síndicos.

Ar. 1714. — Si en el curso del ejercicio llegan a faltar uno o varios administradores, los otros procederán a sustituírlos por resolución aprobada por el colegio de síndicos. Los administradores así nombrados permanecerán en sus cargos hasta la próxima asamblea.

Si desapareciere la mayoría de los administradores, los que han permanecido en sus cargos deben convocar a la asamblea para que provea a la sustitución de los que faltan.

Los administradores nombrados por la asamblea cesan juntamente con los que estaban en el cargo en el acto de su nombramiento.

Si llegan a cesar el administrador único o todos los administradores, la asamblea que debe sustituir a los que faltan debe ser convocada con carácter de urgencia por el colegio de síndicos, el cual puede realizar entretanto los actos de administración ordinaria.

Ver: art. 2386 C. italiano; 125 y 147 del C. de comercio italiano de 1882; 336 parágrafo 3º de nuestro C. de comercio; 314 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Harto clara la presente disposición no necesita ser explicada. Contempla ella tres hipótesis:
1) la primera de la falta de uno o varios administradores, por dimisiones, cesación, revocación, muerte, etc., pero que no constituyan mayoría, caso en el cual la mayoría que queda procederá a substituirlos por deliberación aprobada por el colegio de síndicos; y los así nombrados completarán el período de los que faltan, o sea hasta la próxima asamblea;
2) la segunda de la desaparición de la mayoría, hipótesis en la cual los que quedan deben convocar a la asamblea para que provea a la substitución de los que faltan; y los así nombrados cesan con los que quedaron.
3) la tercera, contemplada en el parágrafo 4º de nuestro artículo, de la cesación del administrador único o de todos los administradores, caso en el cual, el colegio sindical debe convocar urgentemente la asamblea para la sustitución, y realizar entretanto los actos de administración ordinaria.
Puede el acto constitutivo disponer la cesación por sorteo de una parte del consejo de administración. En este caso, los estatutos proveerán los modos de sustitución.

Art. 1715. — El administrador debe prestar caución en acciones de la sociedad en proporción no inferior al dos por ciento del capital social.

Puede establecerse, sin embargo, en el acto constitutivo, que la caución no excederá de la suma de doscientos mil guaraníes al valor nominal de las acciones.

Los administradores que no presten caución dentro de los treinta días desde la noticia de su nombramiento, perderán su cargo.

El vínculo de caución debe inscribirse en la acción y en el registro del emisor y subsistirá en tanto la asamblea no haya aprobado el balance del último ejercicio en que el administrador ha desempeñado su cargo.

Ver: art. 2387 C. italiano; 123 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 339 de nuestro C. de comercio; 658 C.F.S. de las Obligaciones; 325 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La caución se presta a favor de la sociedad en garantía de la responsabilidad eventual del administrador, no a favor de los acreedores sociales, sólo subsidiariamente garantizados por él cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos, como lo estatuye nuestro art. 1720
Nuestro artículo limita la caución a un valor en acciones de la sociedad no inferior al dos por ciento del capital social, sin perjuicio de que por el acto constitutivo se establezca que la caución no excederá de doscientos mil guaraníes al valor nominal de las acciones.
Y aun cuando el presente artículo no dispone que las acciones así vinculadas queden en poder de la sociedad hasta que la asamblea apruebe el balance del último ejercicio, juzga Giancarlo Fré que dada la naturaleza pignoraticia de la caución deben ellas quedar en poder de la sociedad, requisito sin el cual mal podría ella hacer efectiva la garantía. Mas el vínculo así constituído impide la libre disposición de la acción por su propietario. (ver autor y opus cits. pág. 375 a 378).

Art. 1716. — Para la validez de las resoluciones del consejo de administración es necesaria la presencia de la mayoría de los administradores en desempeño del cargo, cuando el acto constitutivo no exija un mayor número de los presentes.

Las resoluciones del consejo de administración se aprueban por mayoría absoluta, salvo disposición distinta del acto constitutivo.

El voto no puede emitirse por representación.

Ver: art. 2388 C. italiano; 140 y 141 del C. de comercio italiano de 1882; 315 parág. 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.
Dada la organización colegiada del consejo de administración se explica que sus decisiones sólo puedan ser aprobadas con arreglo al principio de las mayorías de los asistentes a la reunión.
Nuestro artículo nada dispone acerca de la convocación que debe preceder a toda reunión, porque esta materia es propia de las disposiciones estatutorias, como así también lo entendieron los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades al estatuir por su art. 315 parág. 2º que los estatutos deben reglamentar la constitución y funcionamiento del Directorio, sus autoridades, quorum, etc.
Si el acto constitutivo nada dispone acerca de la convocación del consejo de administración, bastará que la noticia de la reunión sea comunicada aunque sea verbalmente a sus miembros y a los del colegio sindical.
Nuestro artículo, a igual que su fuente, sólo contempla un solo caso de invalidez de las deliberaciones del consejo de administración, cual es el que se funda en la ausencia o falta de número legal de sus partícipes, y deja al intérprete la nada fácil tarea de sistematizar sobre la base de los principios la materia más amplia y más compleja de la invalidez de dichas deliberaciones.
Tratando Giancarlo Fré de este asunto lo considera desde tres puntos de vista: en relación a los socios, a los terceros y a la sociedad, y concluye:
a) que el socio no puede impugnar las deliberaciones del consejo de administración, cualquiera sea el vicio que las afecte, por una razón de orden práctico, cual es la de evitar que por la acción de un solo socio pueda paralizarse la actividad social, mediante una serie de impugnaciones más o menos fundadas.
b) que no se puede oponer a los terceros la irregularidad del funcionamiento del órgano administrativo, si no se demuestra que han tenido efectivo conocimiento de ello. Esta solución se funda en el principio según el cual los terceros están obligados a conocer los poderes de los administradores, sus límites y su distribución, tal como resulta del acto constitutivo y de sus modificaciones, inscritos en el registro de las empresas, pero estén exentos de la obligación de hacer un frecuente análisis de la observancia de la regla interna del funcionamiento del órgano administrativo.
c) Que en relación a la sociedad provee la ley medios preventivos contra el peligro de deliberaciones nulas o irregulares, como es la responsabilidad de los administradores por los daños que puedan causar a la sociedad por llevar a cabo deliberaciones no conformes con la ley y el acto constitutivo, como lo estatuye nuestro art. 1720. Tal efecto preventivo agrega nuestro autor, es reforzado por lo que dispone el in fine de este artículo al eximir de responsabilidad a aquel de los administradores que, siendo inmune de culpa, haya hecho anotar sin retardo su disentimiento en el libro de sesiones y deliberaciones del consejo, dando de ello noticia escrita al presidente del colegio de síndicos.
Si el socio no puede impugnar las deliberaciones irregulares del consejo de administración, tampoco las pueden impugnar los administradores y los síndicos, salvo en el caso del art. 1719. (ver autor y opus cits. pág. 378 a 384).

Art. 1717. — La remuneración y las participaciones en las utilidades correspondientes a los miembros del consejo de administración y del comité ejecutivo se establecen en el acto constitutivo o por la asamblea.

La remuneración de los administradores investidos de particulares cargos de conformidad con el acto constitutivo, se establece por el consejo de administración, oído el dictamen del colegio de síndicos.

Ver: art. 2389 C. italiano; 154 inc. 4º del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 341 de nuestro C. de comercio; 326 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El presente artículo, como el art. 1692 inc. 3º del presente Código, regula el modo de determinar la retribución debida a los administradores. Según ambos preceptos esta retribución deriva del acto constitutivo, de suerte que si por este acto no se lo estableciese, no habrá remuneración que pagar. Halla esta afirmación su fundamento en el derecho y el deber de todo socio de administrar la sociedad; el primero por la razón de su participación en ella y el segundo por razón de la colaboración que es una de las bases del contrato, sin que esta verdad venga a menos o se allane porque en una forma más compleja de sociedad, como es la sociedad por acciones, pueda el nombramiento de administrador recaer en un extraño.
No se trata de negar el derecho del administrador a exigir una retribución adecuada por sus servicios, ya se trate de una singular prestación autónoma desempeñada por un administrador profesional o de una serie coordina de prestaciones conexas a las del administrador a quien se ha encargado especialmente de ellas, tal como la doctrina lo afirma y la jurisprudencia italiana lo ha admitido. Distinta es la cuestión de la determinación de la remuneración debida.
¿Quién la hace si el acto constitutivo omite hacerlo? En sentencia del 17 de junio de 1936 el Tribunal de Casación de Roma decidió que no disponiéndose por el acto constitutivo la determinación de la remuneración debida al administrador, no puede ella ser determinada sino por la asamblea. (ver: G. Fré opus cit. nota 1, pág. 385).
Viniendo G. Fré a tratar de esta materia, enseña que disponiendo el acto constitutivo que al consejo de administración le corresponda un porcentaje determinado de las utilidades, su participación en dichas utilidades debe computarse sobre las utilidades netas o líquidas resultantes del balance, deducción de la cuota destinada a la reserva legal. Nada impide —agrega— que la retribución global atribuída al consejo sea distribuída en medida desigual entre sus miembros de modo que una cuota mayor corresponda al Presidente.
Actos constitutivos hay por los cuales se dispone que los administradores tienen derecho a una retribución fija por cada reunión del consejo del cual participen; y otros por los que se estipula que los administradores sean retribuídos por cada ejercicio de suerte que siendo así tendrán éstos un derecho de crédito contra la sociedad independiente del resultado del ejercicio.
Si el acto constitutivo se limita a reconocer el derecho del administrador a obtener una retribución por su obra, corresponderá exclusivamente a la asamblea ordinaria la determinación de su monto, por aplicación del parágrafo 1º de nuestro artículo.
Por derogación de lo dispuesto por el parágrafo 1º, estatuye el 2º que la compensación debida al administrador investido de un particular empleo de conformidad con el acto constitutivo, es establecida por el consejo de administración, oído el dictamen del colegio de síndicos. (ver G. Fré, opus cit. págs. 384 a 387).

Art. 1718. — Los administradores no pueden asumir la calidad de socios ilimitadamente responsables en sociedades competidoras, ni ejercer una actividad por cuenta propia o de terceros en competencia de la sociedad, salvo autorización de la asamblea.

Por inobservancia de esta prohibición, podrá ser revocado el administrador y obligado a responder de los daños y perjuicios.

Ver: art. 2390 C. italiano; 345 de nuestro Código de comercio; 323 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
En principio, el art. 345 de nuestro C. de comercio no contempla la actividad del administrador en competencia con la sociedad que administra, sino sólo la hipótesis de tener, en nombre propio o como representante de otro, un interés contrario al de la sociedad en relación a una operación determinada, de suerte que siendo así el presente artículo sólo puede relacionarse con nuestro art. 1619, por el que se consagra una régla análoga respecto de los socios ilimitadamente responsables de una sociedad colectiva, pues, ambos preceptos se inspiran en idéntico principio y persiguen la misma finalidad.
La competencia entre sociedades tiene lugar aun cuando constituyéndose cada una para fines u objetos distintos, sirvan, no obstante, a la misma clientela con productos o servicios destinados a la misma categoría de consumidores, de modo que el aumento de la actividad de la una venga en detrimento de la actividad de la otra.
El administrador incurrirá en infracción de la presente prohibición aun cuando no ejerza directamente una actividad individual que, produciendo los mismos bienes que los de la sociedad por él administrada, sean vendidos a la misma clientela, sino una actividad indirecta, como la simple intermediación, o como consultor técnico de otra empresa, o peor, si denigra los productos de la sociedad que administra.
La infracción de la presente prohibición autoriza a la asamblea a revocar el cargo discernido al infractor y a exigirle la indemnización de los daños y perjuicios (ver G. Fré, opus cit. pág. 387 a 390).

Art. 1719. — El administrador que en determinada operación tuviese interés, por cuenta propia o de tercero, que esté en conflicto con el de la sociedad, debe dar noticia de ello a los otros administradores y al colegio de síndicos, y debe abstenerse de participar en las deliberaciones relativas a dicha operación.

En caso de inobservancia, el administrador responderá de las pérdidas que hayan derivado a la sociedad del cumplimiento de la operación.

La decisión del consejo, cuando pueda derivar daño a la sociedad, es impugnable, dentro de los tres meses computados desde su fecha, por los administradores ausentes o disidentes y por los síndicos en el caso de que, sin el voto del administrador que debía abstenerse, no se hubiera alcanzado la mayoría exigida. En todo caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por los terceros en virtud de los actos realizados en ejecución de la deliberación.

Ver: art. 2391 C. italiano; 345 de nuestro C. de Comercio; 149 y 150 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 321 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La primera parte de nuestro artículo no modifica substancialmente lo preceptuado por el art. 345 de nuestro C. de comercio, de suerte que siendo así no hace falta agregar conceptos a los ya expuestos a propósito del art. 1701.
El administrador que directa o indirectamente se encuentre en conflicto de intereses con la sociedad, estará incurso en la violación del artículo anterior y sujeto a las responsabilidades consiguientes. Siendo así se aplicarán el art. 1718 y el presente.
La obligación del administrador en conflicto de intereses de dar parte de ello a los otros administradores y al colegio de síndicos, subsiste lo mismo aun cuando el asunto no deba ser materia de deliberación del consejo.
La sanción por la inobservancia del precepto se aplicará lo mismo si el administrador en conflicto de intereses sólo hubiese dado parte de ello a los otros administradores y omitiese hacerlo al colegio de síndicos.
El parágrafo 3º de nuestro artículo sujeta a impugnación la deliberación del consejo en el caso de que sin el voto del administrador que debía abstenerse no se hubiera alcanzado la mayoría exigida para su aprobación, la cual, para ser eficaz debe promoverse dentro de los tres meses computados desde la fecha de la deliberación impugnada. No haciéndose así, la deliberación quedará convalidada.
El In fine del artículo tutela la buena fe de los terceros que en la ignorancia del conflicto de intereses del administrador con la sociedad, adquirieron derechos en virtud de los actos realizados en ejecución de la deliberación.

Art. 1720. — Los administradores deben cumplir los deberes que la ley y el acto constitutivo les impone, con la diligencia del mandatario, y responderán solidariamente a la sociedad por los daños derivados de la inobservancia de dichos deberes, a menos que se trate de atribuciones propias del comité ejecutivo o de uno o varios administradores.

En cualquier caso los administradores son solidariamente responsables si no han vigilado la marcha general de la gestión o si, estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización o para eliminar o atenuar sus consecuencias dañosas.

La responsabilidad por los actos o las omisiones de los administradores no se extiende a aquel de ellos que, estando inmune de culpa, haya hecho anotar sin retardo su disentimiento en el libro de sesiones del consejo, y diere inmediata noticia de ello por escrito al presidente del colegio de síndicos.

Ver: art. 2392 C. italiano; 147 y 149 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 327 y 328 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio

Ya hemos dicho que la relación jurídica nacida de la investidura de administrador con que la sociedad le habilita a desempeñar la gestión social, no es la del contrato de mandato, no obstante lo cual, y a falta de todo otro punto de referencia, el presente artículo preceptúa que debe cumplir sus deberes con la diligencia del mandatario. A este propósito observa Giancarlo Fré que requiriendo los gerentes de sociedades de voluminosos negocios una visión y una estimación de los fenómenos económicos, financieros y políticos más amplias de las que tradicionalmente se atribuyen al **bonus pater familias**, la diligencia del mandatario exigida a los administradores no parece que se ajuste a la realidad, por lo que habría sido mejor referirla a la diligencia de un "moderado y concienzudo" administrador, en cuanto así se acentuaría el caracter de **normalidad** de la diligencia que se requiere del administrador, diligencia **normal y ordinaria**, no una diligencia especial, como son la del depositario, la del gestor de negocios y la del que ejerce una actividad profesional, de suerte que siendo así no podrá hacérsele cargo al administrador de los errores que pueden considerarse inevitables en la gestión de cualquier empresa, no obstante el empleo de una ordinaria diligencia.
La responsabilidad solidaria de los administradores estatuída por los parágrafos 1º y 2º de nuestro artículo, se funda en la diligencia activa que deben observar en la vigilancia de la marcha general de su gestión o, si estando en conocimiento de actos perjudiciales, no han hecho cuanto podían para impedir su realización, o para eliminar o atenuar sus dañosas consecuencias. Infiérese de aquí que dicha responsabilidad deriva de la culpa imputada a los administradores. Por lógica consecuencia será exento de dicha responsabilidad aquel de dichos administradores que siendo inmunes de culpa, haya hecho anotar sin retardo su disentimiento en el libro de sesiones y de deliberaciones del consejo, y dado inmediata noticia de ello por escrito al presidente del colegio de síndicos.
Para que el daño sea resarcible por los administradores debe ser una consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de su deber de diligencia, y debe en esta hipótesis subsistir el nexo causal entre el incumplimiento y el hecho dañoso.
Admite G. Fré que puede suscitarse en esta materia la antigua cuestión de la **compensatio lucri cum damno** si habiendo los administradores obtenido mediante su gestión una ganancia en determinado negocio les sea dado compensarla con el daño causado a la sociedad en otro asunto.
Las disposiciones del presente artículo son inderogables. El acto constitutivo no puede exonerar a los administradores de la responsabilidad puesta a su cargo, ni limitarla al solo caso de conducta dolosa. (ver autor y opus cits. pág. 398 a 407).

Art. 1721. — La acción de responsabilidad contra los administradores debe promoverse en virtud de decisión de la asamblea, aun cuando la sociedad esté en liquidación.

La decisión relativa a la responsabilidad de los administradores podrá decidirse en ocasión de discutirse el balance, aun cuando no se la haya incluído en el orden del día.

La decisión de la responsabilidad importa la revocación del oficio de los administradores culpables, siempre que ella cuente con el voto favorable de por lo menos una quinta parte del capital social. En este caso, la misma asamblea proveerá a su sustitución.

La sociedad podrá renunciar su acción de responsabilidad o transigir, siempre que la renuncia o la transacción sean aprobadas por expresa deliberación de la asamblea, y siempre que no concurra el voto contrario de una minoría de socios que represente por lo menos la quinta parte del capital social.

Ver: art. 2393 C. italiano; 152 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 331 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 337 parág. 2º de nuestro C. de comercio.
La acción social de responsabilidad contra los administradores es exclusiva de la asamblea, sin excepción, ni aun del caso en que el administrador esté ya fuera de su cargo, ni tampoco de la hipótesis de haberse aprobado el balance.
Estima Giancarlo Fré que al atribuir exclusiva competencia a la asamblea para que por su acción social pueda responsabilizarse a los administradores, parece que el legislador ha sido dominado por la preocupación de dificultar en cierta manera su ejercicio en el propio interés de la sociedad cuyo crédito puede ser comprometido por una arriesgada o imprudente decisión al respecto, y no menos en el interés de los administradores a quienes no sería justo exponer a ataques no ponderados.
La decisión puede ser tomada por deliberación de la asamblea aun cuando se haya aprobado el balance del ejercicio en relación al cual los administradores sean llamados a responder. La deliberación sobre la responsabilidad de los administradores debe ser incluída en la orden del día, de la asamblea, a menos que ésta haya sido convocada para la aprobación del balance.
El acto constitutivo no puede exigir una mayoría más elevada de la exigida para la aprobación o desaprobación del balance.
La accion puede ser ejercida por intermedio de la persona a quien la asamblea repute más idónea para hacerlo.
La responsabilidad de los administradores es de naturaleza contractual, afirma nuestro autor, no sin advertir la contradicción en que incurre, porque suya es la doctrina según la cual la relación jurídica nacida de la investidura con que la sociedad habilita a su elegido a administrar los negocios de la sociedad, no es de mandato, y, puesto en esta evidencia, agrega que si se quiere permanecer en los confines señalados de la doctrina ahora clásica, se debe, en efecto, hablar de culpa contractual siempre que preexista una obligación entre las partes que éstas deriven de contrato o de promesa unilateral, de cuasi contrato o de la ley.
Para permanecer en el campo que aquí interesa, —agrega— creemos que la sociedad que promueva la acción de responsabilidad contra los administradores deberá probar no sólo la existencia del daño que ella ha sufrido por los hechos de los administradores, sino también que éstos han provocado ese daño al dejar de cumplir sus deberes con la diligencia del mandatario: deberá probar, esto es, el hecho generador de la obligación de resarcimiento y demostrar además, se entiende, el nexo causal del daño deplorado y el comportamiento de los administradores.
En cuanto a los efectos derivados de las dos especies de culpa no puede hoy afirmarse una diferencia relativa a la extensión del resarcimiento porque su valuación encuentran aplicación en uno y otro caso en la misma disposición. Los caracteres distintivos de la culpa contractual y extracontractual se han atenuado de tal manera que hace dudar de la utilidad de clasificarla en una más que en la otra categoría. Es la teoría de la unidad de la culpa expuesta en nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones, t. I, Nº 761, pág. 725. No compartimos totalmente la doctrina de Giancarlo Fré, porque aun conviniendo que la teoría de la unidad es exacta desde el punto de vista formal y abstracto, como enseña Bonnecase (**Supplément**, t. II, Nº 463, pág 571), es lo cierto que si la responsabilidad de los administradores fuese contractual, la sociedad no

tendría por qué probar su culpa. Le bastaría exhibir el contrato de que emerge su obligación, probar el daño sufrido e imputarle la responsabilidad consiguiente. Mas, como el propio Giancarlo Fré sostiene, no hay relación contractual de mandato entre la sociedad y los administradores, mal podría ella exhibirla con su demanda. Y es lo peor, que si la sociedad debe probar además del daño, la culpa de los administradores, es porque la obligación de indemnizar es extracontractual en el presente caso.

Estatuye el parágrafo 2º de nuestro artículo que resuelta por deliberación de la asamblea la promoción de la acción de responsabilidad, queda revocado el oficio o cargo de los administradores, siempre que concurra el voto favorable de por lo menos la quinta parte del capital social, y que, en este caso, la misma asamblea proveerá a sustituirlos.

El in fine de nuestro artículo faculta a la sociedad a renunciar su acción de responsabilidad, lo cual supone la absolución de los imputados, y también a transigir sobre ella, por deliberación aprobada en la asamblea y siempre que una minoría de socios que represente por lo menos la quinta parte del capital no le oponga su veto. No bastará que la asamblea autorice la renuncia o la transacción, sino que será menester que expresamente la apruebe. (ver: G. Fré, opus cit. pág. 408 a 417).

Art. 1722. — Los administradores responden ante los acreedores sociales por la inobservancia de las obligaciones inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social.

La acción puede ser promovida por los acreedores cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

En caso de quiebra, la acción corresponde al síndico de la quiebra.

La renuncia a la acción de parte de la sociedad no impide el ejercicio de ella de parte de los acreedores sociales. Estos sólo podrán impugnar la transacción por el ejercicio de la acción revocatoria, si concurren los extremos de ésta.

Ver: art. 2394 C. italiano; 147 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 334 y 335 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 337 y 344 de nuestro C. de comercio.

La responsabilidad de los directores y administradores ante los acreedores sociales, no es ajena a nuestro derecho tradicional. Los arts. 337 y 344 de nuestro Código de comercio la consagra escuetamente al estatuir que los directores y los gerentes responden personal y solidariamente para con la sociedad y los terceros por la inejecución o mal desempeño del mandato, y por la violación de las leyes, estatutos o reglamentos. "Los terceros" que dicen esos artículos, son los acreedores sociales, y no cualquiera que siendo extraño a la sociedad no justifique ningún daño sufrido en su patrimonio, derivado de su vinculación contractual con la sociedad.

Mas como quiera que a semejanza de los citados preceptos de nuestro Código de comercio, también el art. 147 del C. de comercio italiano de 1882, se limitaba a establecer la responsabilidad de los administradores "ante los socios y los terceros", se suscitó una división de sus exégetas, de los cuales unos sostenían que la acción conferida a los acreedores de la sociedad era la misma acción social de responsabilidad, y otros que se trataba de una acción autónoma, que podía ser ejercida por los acreedores independientemente de la renuncia o de la transacción llevada a cabo por deliberación de la asamblea.

Acogiendo nuestro artículo esta última doctrina, confiere a los acreedores sociales una acción directa contra los administradores que no habían observado la obligación de conservar íntegro el patrimonio social. Este derecho es distinto, por su contenido, de la acción social contra los administradores, enderezada a obtener el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento de las obligaciones al no actuar conforme con las disposiciones de la ley o del acto constitutivo, al paso que la acción individual de resarcimiento conferida a los acreedores sociales sólo mira a obtener de los administradores la satisfacción de su crédito si la sociedad, por haber venido su patrimonio a menos, no puede satisfacerlo.

La inobservancia de los deberes de los administradores puede ser dolosa o culposa. Será dolosa, como por ejemplo si los administradores han sustraído parte del patrimonio social, o han restituído total o parcialmente á los socios sus aportes de capital, o repartido utilidades ficticias, o se hubiesen hecho otorgar por la sociedad préstamos que no podían restituir etc., hipótesis todas en que su prueba sería fácil. Mas difícil sería la prueba de la inobservancia culposa de las obligaciones de los administradores, porque deberá evidenciarse la negligencia, concretamente notable y apreciable. No bastará, dice Giancarlo Fré que se demuestre ex post que los administradores han incurrido en una determinada situación, en un error de valuación, o que se han equivocado en una especulación, o que tal operación no ha dado los resultados que ellos se prometían.

Para que los acreedores sociales puedan ejercer su acción individual es menester que el patrimonio social sea insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

De este modo, agrega nuestro autor, la ley se refiere a la causa más grave y definitiva de la insolvencia. La insolvencia, añade, tiene lugar cuando el deudor no está en condiciones de satisfacer regularmente la propia obligación, de suerte que siendo así no presupone necesariamente una insuficiencia patrimonial (activo inferior al pasivo), porque podría depender de un estado de iliquidez, o sea de la irrealizabilidad del activo (igual o superior al pasivo) en el momento de vencer la obligación. En otros términos, puede haber insolvencia, no obstante que el patrimonio sea íntegro, mientras que la acción de responsabilidad de los acreedores sociales presupone que esa integridad ha venido a menos y determinado así la insuficiencia del patrimonio para satisfacer las deudas de la sociedad. La quiebra de ésta no será por consiguiente de por sí una demostración de la insuficiencia del patrimonio social en el sentido de nuestro artículo, porque bien podría clausurarse el procedimiento de quiebra con el pago integral de los acreedores, y otro tanto cabe decir del pedido de convocatoria de acreedores y el procedimiento de un concordato preventivo, en cuanto por éste puede el deudor pedir una moratoria para el pago integral de los acreedores.

La ley separa de este modo —dice G. Fré— la acción de responsabilidad concedida al acreedor, de la declaración de quiebra, lo que es confirmado por el penúltimo parágrafo de nuestro artículo, según el cual, la quiebra puede tener lugar cuando el patrimonio social deviene insuficiente para la satisfacción de los débitos de la sociedad, pero que no es necesario que tenga lugar por la admisibilidad de la acción de responsabilidad de los acreedores sociales contra los administradores.

La insuficiencia del patrimonio social debe ser probada por los acreedores y podrá ser probada por todos los medios de prueba admitidos por el presente código.

Dada la solidaridad de los administradores no será menester que el acreedor pruebe cuál de ellos es el culpable. Corresponderá al prevenido evidenciar que es inmune de culpa.

La acción de responsabilidad contra los administradores puede ser ejercida por cada acreedor. Si la sociedad está en liquidación, la acción será ejercida por el síndico de la quiebra.

La acción de responsabilidad contra los administradores no puede ser interferida por la renuncia que la sociedad haga de su acción. Si ésta hubiese sido objeto de transacción, y ésta perjudicase a los acreedores sociales, podrá ser impugnada por el ejercicio de la acción pauliana o revocatoria, siempre que concurran sus extremos. (G. Fré, opus cit. pág. 417 a 421).

Art. 1723. — Las disposiciones de los artículos anteriores no perjudican el derecho al resarcimiento del daño del socio singular o del tercero que han sido directamente perjudicados por actos culposos o dolosos de los administradores.

Ver: art. 2395 C. italiano; 337 parág. 1º y 344 de nuestro C. de comercio; 335 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

La acción individual del accionista o de los terceros contra los administradores por daño culposo o doloso que directamente les hubiere ocasionado, no es novedad alguna, pues, la consagran los arts. 337 parág. 1º y 344 de nuestro Código de comercio, siquiera no con la claridad y precisión del presente artículo.

El administrador que no entregase al accionista la nota de admisión a la asamblea; o si tratándose de deliberar una reducción del capital social que ha de resolverse por sorteo, excluyese de éste la acción de un socio, o bien que impidiese a un socio el ejercicio de un ventajoso derecho de opción, incurriría en la violación de un derecho individual y ocasionaría un daño injusto al accionista, sujeto a reparación.

Negado por Chironi el caracter contractual de la responsabilidad de los administradores frente al socio singular directamente perjudicado, porque según él siempre se trataría de un ejercicio abusivo de los poderes de los administradores, los que al excederse por tal manera obrarían, no como administradores, sino como terceros, ha sido, en cambio, afirmado por Candian, Wieland y Giancarlo Fré, según los cuales, el reconocimiento del derecho individual del accionista importa la obligación de los órganos sociales de no ofenderlo, consideración ésta suficiente para establecer la naturaleza contractual de la responsabilidad que tal ofensa determina.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores respecto de terceros fue suscitada en doctrina al caso de la suscripción o adquisición de acciones de parte del que fue inducido a ello por culpa o fraude de los administradores. Se discutió si el suscritor o el adquirente debía ser considerado a igual que un socio o de un tercero, pero no se discrepó acerca del punto fundamental o sea de si el damnificado le correspondía una acción directa contra los administradores. La doctrina se dividió, en cambio, respecto al caso en que el suscritor o el adquirente había sido inducido a suscribir o adquirir acciones sobre la base de un balance falso sin que los administradores hubiesen hecho nada para convencerlo de la conveniencia de la operación.

Juzga Giancarlo Fré que existe de modo indudable a este propósito un derecho de la generalidad a la sinceridad del balance: derecho que encuentra su reconocimiento legislativo en la obligatoriedad de la publicación de los balances y de la memoria que los acompaña. Se trata, agrega, de un sistema de publicidad dirigida al público para que cada uno sepa cómo conducirse en relación a la sociedad, sea para entrar en relación contractual con ella, sea para adquirir en ella la calidad de socio. La gran publicidad impuesta a la gestión de la sociedad, ha dicho Vivante permite conocer las vicisitudes de su patrimonio y alienta a los que disponen de capital a participar de ella. La aprobación del balance por la asamblea no exime de responsabilidad a los administradores ante los perjudicados por su falsedad, según así lo decidió la Corte italiana de Casación en fallo del 21 de julio de 1950. El balance es redactado por los administradores. La falsedad, aun cometida en instrumento privado, con perjuicio posible de tercero,, es un delito castigado por el art. 234 de nuestro Código Penal, con penitenciaría de uno a tres años. La publicación del balance es también obra de los administradores, los cuales no puede excusar su responsabilidad por la difusión de tal documento. Viene de aquí que Giancarlo Fré considere que la materia regulada por nuestro artículo pueda sistematizarse del siguiente modo:

a) los administradores deben resarcir al socio por el daño que directa, culposa o dolosamente le hubiere causado, por la violación de un derecho individual;

b) los administradores deben igualmente resarcir a los terceros a quienes en el ejercicio de su actividad han ocasionado un daño, al comportarse directa, culposa o dolosamente en relación a ellos;

c) en lo que respecta a la suscripción o adquisición de acciones, los administradores responden del daño sufrido por el suscritor o el adquirente a quien directa, culposa o dolosamente indujo a suscribir o adquirirlas; y responde igualmente si el suscritor o el adquirente demuestra que fue inducido por el balance falso llevado a conocimiento del público;

d) en todas las hipótesis antes citadas, el derecho del socio o del tercero al resarcimiento de parte de los administradores, es independiente del hecho de que el patrimonio de la sociedad se haya beneficiado, como subsiste en el caso contrario, caso en el cual, la sociedad podrá ejercer la acción social de responsabilidad para obtener el resarcimiento del daño sufrido en su patrimonio.

Tratando por último nuestro autor de la responsabilidad de la sociedad por los hechos ilícitos de los administradores en el desempeño de su gestión, conviene en admitirla cuando obrando los administradores negligente o dolosamente, ocasionaren daño a terceros, doctrina ya consagrada por el art. 93 del presente Código (ver G. Fré, opus cit. pág. 422 a 427).

Art. 1724. — Las disposiciones que regulan las responsabildades de los administradores se aplican también a los directores nombrados por la asamblea o por disposición del acto constitutivo, en relación a los cometidos confiados a ellos.

Ver: art. 2395 C. italiano; 344 de nuestro C. de comercio; 319 del Antsproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Aun cuando la fuente de nuestro artículo no define qué sean los **directores generales** nombrados por la asamblea o por el acto constitutivo, la doctrina se ha empeñado en suplir su silencio tal como Giancarlo Fré lo caracteriza al decir que director general es aquel funcionario de la sociedad a quien, por su posición preeminente respecto a todos los otros prestadoras de trabajo que colaboran en la empresa social, incumbe una función directiva general sobre todos los empleados y servidores, mediante los cuales la misma empresa ejerce su actividad y tiene por consecuencia un poder y un deber de vigilancia que constituye el fundamento de la responsabilidad que la ley le atribuye.

Siendo así y de conformidad con el parágrafo 2º de nuestro art. 1721 el director general responde solidariamente con los administradores.

La responsabilidad del director debe ser deliberada por la asamblea. Procederá contra él la acción social y la acción de los acreedores sociales si por su culpa el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

En lo que concierne a la acción de los socios y de los terceros contra el director general se ha de estar a lo dispuesto por el art. 1720. (ver autor y opus cits. pág. 427 a 431).

3) Del colegio sindical

Art. 1725. — El colegio de síndicos se compone de tres o cinco miembros titulares, socios o no socios, y dos síndicos suplentes.

Las sociedades por acciones que tienen un capital no inferior a cinco millones de guaraníes deben elegir entre los contadores públicos anualmente matriculados en la Corte Suprema de Justicia, por lo menos uno de ellos para el cargo de síndico titular, si su número es de tres, y no menos de dos si los síndicos titulares fuesen cinco, y en ambos casos uno de los síndicos suplentes.

Las otras sociedades por acciones deben elegir por lo menos uno de los síndicos titulares y uno de los síndicos suplentes en el mismo registro profesional de la Corte Suprema de Justicia.

Ver: art. 2397 C. italiano; 183 inc. 1º C. de Comercio italiano de 1882, ya abrogado; 335 parág. 1º y 340 parág. 1º de nuestro C. de Comercio; 337 y 342 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1726. — La presidencia del Colegio de síndicos corresponde al elegido como tal en la lista de contadores matriculados. Si forman parte del colegio varios contadores, podrá la asamblea elegir entre ellos el presidente del colegio.

Si ninguno de los síndicos procede de la lista de contadores matriculados, la asamblea debe nombrar al presidente entre los miembros del Colegio.

Ver: art. 2398 C. italiano.

Art. 1727. — No pueden ser elegidos para el cargo de síndicos y, si lo son, cesan en sus funciones, aquellos que se encuentren en las condiciones previstas en el art. 1710, los consanguíneos en líneas rectas, los colaterales hasta el cuarto grado y los afines dentro del segundo de los administradores, y aquellos que están vinculados a la sociedad o a las sociedades controladas por ésta, por una relación continuada de prestación de obra retribuída.

En cuanto a los síndicos elegidos en la lista de los contadores matriculados, la cancelación o suspensión de su matrícula, será causa de pérdida del cargo.

Ver: art. 2399 C. italiano; 183 parág. 3º C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado y 344 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.

Art. 1728. — Los síndicos son nombrados por primera vez en el acto constitutivo y posteriormente por la asamblea, salvo lo dispuesto en los arts. 1786 y 1787.

Durarán en el cargo por un trienio y no pueden ser revocados sino por por justa causa.

La resolución debe ser aprobada por auto motivado del Juez, con audiencia del interesado.

El nombramiento de los síndicos y la cesación del cargo deben ser inscritos por los administradores en el registro de las empresas dentro de los quince días siguientes.

Ver: art. 2400 C. italiano; 183 parág. 1º C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

Art. 1729. — En caso de muerte, renuncia o cesación de un síndico elegido en la lista de contadores matriculados, le sustituirá el suplente inscrito en la misma lista. Si se trata de otro síndico, le sustituyen los suplentes por orden de edad. Los nuevos síndicos permanecerán en sus cargos hasta la próxima asamblea, la cual debe proveer al nombramiento de los síndicos titulares y suplentes necesarios para la integración del colegio. Los nuevos nombrados cesan con los que se encuentran en el desempeño de sus cargos.

Si con los síndicos suplentes no se completa el colegio de síndicos, debe ser convocada la asamblea para que provea a la integración del colegio.

Ver: art. 2401 C. Italiano; 183 parág. 4 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

Art. 1730. — La retribución anual de los síndicos, si no está establecida en el acto constitutivo, debe ser determinada por la asamblea en el acto del nombramiento por el período entero de duración de su cargo.

Ver: art. 2402 C. Italiano.
El colegio de síndicos es un órgano obligatorio de la sociedad instituído para supervisar la gestión de los administradores, tanto en el interés de los socios, como en el de los terceros, y no menos de la colectividad por la importancia que para todos reviste la buena marcha de la sociedad por acciones dentro del caudro de la economía general. La misión supervisora del colegio de síndicos suple la imposibilidad legal en que los accionistas se hallan de inquirir la marcha de los negocios sociales fuera de la asamblea, única ocasión que se les ofrece de pedir explicaciones a los administradores, complementarias del balance y de la memoria que lo acompaña.
Los síndicos no son mandatarios de la sociedad, siquiera estén obligados a desempeñar sus funciones con la diligencia del mandatario. Los síndicos no cumplen actos por cuenta de la sociedad, ni reciben instrucciones de nadie, ni pueden ser revocados sino por justa causa.
Aun cuando la sociedad sea administrada por un administrador único, debe el acto constitutivo escoger entre elegir tres o cinco contadores para la constitución del colegio de síndicos.
En cuanto a la elección de los síndicos, distingue el presente Código las sociedades con un capital inferior a cinco millones de guaraníes y las constituídas con un capital mayor. Estas últimas deben elegir de entre los contadores matriculados al menos uno de los síndicos titulares, si su número es de tres, y no menos de dos si los síndicos titulares fuesen cinco, y en ambos casos uno de los síndicos suplentes. Las sociedades con un capital inferior a cinco millones de guaraníes deben elegir por lo menos uno de los síndicos titulares y uno de los síndicos suplentes.
Si sólo uno es el síndico elegido le corresponde de derecho la presidencia del colegio. Si son dos o más los elegidos, la presidencia corresponderá al elegido por la asamblea. Si ninguno de los síndicos es contador matriculado, el presidente del colegio será el nombrado por la asamblea.
El presidente presidirá las reuniones del colegio y mantendrá contácto permanente con sus miembros para poder expresar los puntos de vista del colegio al consejo de administración.
Harto claro el art. 1727 no hace falta agregar conceptos a las expresiones terminantes del precepto relativas a las causas de no elegibilidad y de cesación de los síndicos.
Los síndicos son nombrados por la primera vez en el acto constitutivo y posteriormente por la asamblea, salvo lo dispuesto en los arts. 1727 y 1728. Duran un trienio en sus funciones, salvo que sean revocados por justas causas.
La deliberación de la asamblea por la que se revoque el nombramiento de un síndico debe ser aprobado por el juez, con audiencia del interesado, desde que nadie puede ser condenado sin ser oído. Nombramiento y revocación deben ser inscritos en el registro de las empresas dentro de quince días.
No menos claro es el art. 1789 relativo al modo de sustituir a un síndico en los casos de muerte, renuncia o decadencia. Le sustituirá el suplente inscrito en la matrícula de contadores. Si son dos los síndicos desaparecidos, renunciantes o decaídos en sus funciones, le sustituirán los suplentes en el orden de edad, los cuales completará su período hasta la próxima asamblea que debe elegir a los nuevos titulares y suplentes necesarios para llenar las vacancias. No completándose el colegio con los suplentes, los administradores deben convocar a la asamblea para la integración del colegio.
La retribución anual de los síndicos es fijada por la asamblea que los nombra, salvo disposición diversa del acto constitutivo.

Art. 1731. — El colegio de síndicos debe supervisar la administración de la sociedad, la observancia de las leyes y del acto constitutivo, y determinar la manera regular de llevar la contabilidad de la sociedad, la conformidd del balance y de la cuenta de ganancias y pérdidas con los resultados de los libros y de los documentos de contabilidad, y el cumplimiento exacto y puntual del art. 1791 para la valoración del patrimonio social.

El colegio de síndicos debe comprobar además, al menos cada trimestre, el contenido de la caja y la existencia de los valores y de los títulos de propiedad social o recibidos por la sociedad en prenda, caución o custodia.

Los síndicos puede proceder, en cualquier momento aun individualmente, a actos de inspección y contralor.

El colegio de síndicos puede pedir a los administradores información sobre la marcha de las operaciones sociales o sobre determinados negocios.

De las comprobaciones practicadas se debe dejar constancia en el libro indicado en el parágrafo 5 del art. 1751.

Ver: art. 2403 C. Italiano; 184 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 340 inc. 1º a 8 de nuestro C. de comercio; 347 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Trasiego el art. 2403 del C. Italiano del decreto-ley del 24 de julio de 1936, hoy abrogado, se inspira en la necesidad de la demarcación neta de las facultades del colegio de síndicos, de mero contralor, de las del consejo de administración, con mira a evitar, dice Grandi en su exposición de motivos, el grave peligro de que el contrato exorbite sus facultades por la invasión de las de los administradores o se transforme en pesada forma burocrática, o lo que es peor, que fuese disciplinado de modo a constituir una insanable antítesis entre administradores y contraloreadores. (ver autor y opus cits. Nº 983, pág. 664).
Contralor —dice Messineo— implica valoración —también de mérito—, de parte del que controla, de los actos del controlado; en el caso particular indica que el colegio sindical puede expresar su propia opinión, también en sentido crítico, acerca de los actos de los administradores, y manifestar su propio

disentimiento o su propia desaprobación, sobre las respectivas deliberaciones. Tal disentimiento tiene un peso negativo mayor que el que puede expresar el administrador singular disidente. En efecto, la responsabilidad de los administradores por el acto desaprobado por el colegio de síndicos, queda agravada por el hecho de ponerlo en ejecución contra el parecer de los síndicos. Sin embargo, cuando la ley no someta la aprobación de un acto a la aprobación de los síndicos, éstos no tienen sino una función **consultiva**, no deliberativa.
La **vigilancia** sobre la observancia de la ley y del acto constitutivo, no importa ingerencia en la actividad de los administradores, sino simple función de comprobación de la conformidad de aquella actividad con la ley y el acto constitutivo y se resuelve más bien en un contralor de **legitimidad**.
Esta doble actividad puede ser ejercida por los síndicos por su asistencia obligatoria a las reuniones del consejo de administración, bajo pena de cesar en sus funciones si dejan de asistir sin justificado motivo a las asambleas o a dos reuniones del consejo de administración. Y pudiendo, si quieren asistir a las reuniones del comité ejecutivo, tienen el modo de conocer en su estado de gestación las deliberaciones del consejo de administración, y eventualmente, de detenerlas a tiempo.
Nuestro artículo agrega las demás facultades del colegio de síndicos. No parece necesario repetirlas aquí. Sólo cabe decir que nada se puede sustraer al contralor de los colegios de síndicos.
Los síndicos tienen además el poder de impugnación de la deliberación del consejo de administradores.
Los síndicos no tienen funciones de administración activa, salvo en el caso extraordinario del parág. 4º del art. 1714 y del art. 1734 y 1733.
El colegio de síndicos debe reunirse por lo menos cada tres meses. Su decisiones deben ser aprobadas por mayoría de votos, y extendidas en actas del libro de sesiones del colegio.
El colegio de síndicos debe convocar la asamblea en los casos de los arts. 1734 parág. 2º y 1735 y llevar a cabo las publicaciones de ley si los administradores no proveen a ello.
La responsabilidad de los síndicos puede fundarse en negligencia, en falsedad de sus atestaciones, en no haber mantenido el secreto del cargo, sobre hechos y documentos de que tuvo conocimiento por razón de su cargo.
Las acciones de responsabilidad contra los síndicos están reguladas por los arts. 1718 y 1735. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, Nº 45, pág. 480).

Art. 1732. — El colegio de síndicos debe reunirse al menos cada tres meses. El síndico que, sin motivo justificado, no asista durante un ejercicio social, a dos reuniones del colegio, cesa en su cargo.

De las reuniones del colegio debe extenderse acta en el libro previsto por el Nº 5 del art. 1749 y suscrita por los que en ella intervengan.

Las deliberaciones del colegio de síndicos deben ser aprobadas por mayoría absoluta. El síndico que disienta tendrá derecho a hacer constar en el acta los motivos de su disentimiento.

Ver: art. 2404 C. italiano, sin antecedente en la legislación comercial italiana de 1882; 342 parágrafos 2º y 3º del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades. Lo que en el presente Código y en el italiano de 1942 se llama **"Colegio de síndicos"**, recibe en el Anteproyecto argentino el nombre de: **"Comisión fiscalizadora"** o **"Comisión de Vigilancia"**, pero sin diferencias sustantivas en cuanto a sus deberes y facultades. El mismo Anteproyecto deja a los Estatutos su reglamentación y funcionamiento, menos el principio rector de sus decisiones que es el mayoritario, expresamente establecido..
Sobr nuestro artículo, ver Messineo, t. V, parág. 152, Nº 45, i), pág. 483; G. Fré, opus cit. pag. 447 a 449.

Art. 1733. — Los síndicos deben asistir a las reuniones del consejo de administración y a las asambleas y pueden asistir a las reuniones del comité ejecutivo.

Los síndicos que sin motivo justificado dejen de asistir a las asambleas o, durante el ejercicio social a dos reuniones del consejo de administración, cesan en su cargo.

Ver: art. 2405 C. italiano; 184 Nº9 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 340 inc. 3º de nuestro C. de comercio; 347 inc. I) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El presente artículo, como el anterior, no requiere más claridad que la que resulta de su propio texto. La asistencia obligatoria de los síndicos a las reuniones del consejo de administración y a las asambleas, y la facultativa de asistir a las reuniones del comité ejecutivo, no importan **participación**, sino **intervención**, sin derecho a voto. (ver Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, Nº 45, i), pág. 483; G. Fré, opus cit. pág. 450 a 451).

Art. 1734. — El colegio de síndicos debe convocar la asamblea y ejecutar las publicaciones prescritas por la ley en caso de omisión de parte de los administradores.

Ver: art. 2406 C. italiano; 184 Nº 8 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 340 inc. 2º de nuestro C. de comercio; 347 inc. VII) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1735. — Los síndicos deben cumplir sus deberes con la diligencia del mandatario, responden de la verdad de sus atestaciones y deben conservar el secreto de los hechos y documentos de que tuvieren conocimiento por razón de su cargo.

Son responsables solidariamente con los administradores por los hechos o las omisiones de éstos, cuando el daño no se habría producido si hubieren vigilado de conformidad con las obligaciones de su cargo.

La acción de responsabilidad contra los síndicos se rige por las disposiciones de los arts. 1721 y 1722.

Ver: art. 2407 C. italiano; 185 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 346 de nuestro C. de comercio; 350 y 351 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. En principio las obligaciones y responsabilidades de los síndicos no se halla expresamente contemplada por disposición alguna de nuestro C. de comercio, salvo lo estatuido por su art. 346 según el cual: "En todo lo que no esté previsto en el presente título o en los estatutos y resoluciones de la asamblea general, los derechos y obligaciones de los directores y síndicos serán regidos por las reglas del mandato", punto menos que a igual de lo estatuído por el art. 185 del C. de comercio italiano de 1882. El mandato a que este precepto se refiere es el mandato mercantil, en cuya disciplina no hay disposición alguna que establezca la responsabilidad solidaria de los síndicos, negada, desde luego por Segovia (ver: Segovia, opus cit. t. I, nota 1277, pág. 394).

Siendo así, la reforma que el presente artículo representa, es de la mayor trascendencia.

La responsabilidad por la verdad de su testimonio se refiere a las atestaciones que a tenor del inc. 5º del art. 1749 deben hacer en el libro de sesiones y deliberaciones del Colegio de síndicos y a los informes trimestrales que de conformidad con el art. 1731 deben formular sobre el contenido de la caja y la existencia de los valores y títulos de propiedad de la sociedad, o recibidos por ella en prenda, caución o custodia.

Si la falsedad de tales atestaciones fuese fraudulenta, los síndicos incurrirían en la comisión de un delito. Igual cosa cabe decir de sus omisiones, las cuales no comportan responsabilidad sino cuando fueren dolosas.

El secreto a que también nuestro artículo obliga a los síndicos es para evitar que por la difusión de las noticias que hubieren adquirido de la gestión de los administradores pueda un contrario causar daño a la sociedad.

Los síndicos responden solidariamente a la sociedad y a los acreedores sociales por todo daño que por su negligencia ocasionare a ella y que por la importancia del activo patrimonial de la sociedad resultare a los segundos.

La responsabilidad solidaria de los síndicos con los administradores sólo tiene lugar por el hecho o la omisión de éstos no se hubiera ocasionado el daño si aquellos hubiesen vigilado de conformidad con las obligaciones de su cargo.

Art. 1736. — Todo socio puede denunciar al colegio de síndicos los hechos que considere censurables. La denuncia debe ser tomada en cuenta en el informe a la asamblea.

Si la denuncia es formulada por un número de socios que represente la vigésima parte del capital social, el colegio de síndicos debe indagar sin retardo los hechos denunciados y presentar sus conclusiones y eventuales propuestas a la asamblea, la que será inmediatamente convocada si la denuncia parece fundada y hay urgente necesidad de proveer.

Ver: art. 2408 C. italiano; 152 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; sin antecedente en nuestro C. de comercio; 349 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Nuestro Código de comercio, harto defectuoso por las numerosas omisiones que en él se advierten relativas a la protección debida al accionista singular y a las minorías, sólo contempla en su art. 353 la acción individual contra las deliberaciones tomadas por la asamblea en oposición a las disposiciones de la ley y de los estatutos por cuyo ejercicio puede el accionista requerir del juez competente la suspensión de su ejecución y declaración de nulidad.

Como se comprenderá esta acción mira a dejar sin efecto una decisión ya tomada por la asamblea, y como es natural, aboca a un juicio ordinario tardío, largo, arduo y dispendioso que puede durar años enteros de incertidumbre sobre sus resultados y escasas esperanzas de obtener una reparación del daño sufrido. A evitar este riesgo peligroso mira la reforma del presente artículo, por el que, sin esperar la consumación de una deliberación arbitraria, aprobada en contravención de la ley y de los estatutos, puede el accionista singular denunciar al colegio de síndicos los hechos de los administradores que considere censurables aun en su mera gestación. En principio, y dado que no todas las denuncias ofrecen vicios de verosimilitud, ni los hechos a los cuales se refieren previsten gravedad e importancia, sólo se estatuye en regla general respecto de ellas que el colegio de síndicos debe tomarlas en cuenta en su informe a la asamblea, para que ésta decida a su respecto. Nuestro artículo no autoriza a los síndicos a tomar medidas inmediatas si la denuncia no aparece fundada, ni los excusa de ocuparse seriamente de la denuncia en su informe a la asamblea, sobre todo si ella aparece fundada. Hénos así ante un primer paso en la protección al derecho individual del accionista que tenida en cuenta por los administradores los constreñirá a observar en sus gestiones el mayor respeto a la ley y al acto constitutivo.

Mas, si como lo preceptúa el parágrafo 2º de nuestro artículo, la denuncia es formulada por un número de socios que represente la vigésima parte del capital, la cuestión cambiará de aspecto. Los síndicos deberán indagar de inmediato los hechos denunciados y presentar sus conclusiones a la asamblea que, si la denuncia es fundada y hay urgente necesidad de proveer, debe ser convocada sin tardanza.

Art. 1737. — Si hay fundada sospecha de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y de los síndicos, los socios que representen la décima parte del capital social pueden denunciar los hechos al juez.

El juez, oído que sean los administradores y los síndicos, puede ordenar la inspección de la administración de la sociedad a costa de los socios denunciantes, subordinándola, según el caso, a la prestación de una caución.

Si las irregularidades denunciadas existen, el juez podrá disponer en juicio sumario las oportunas providencias cautelares y convocar la asamblea para las consiguientes deliberaciones. En los casos más graves puede

revocar a los administradores y a los síndicos y nombrar un administrador judicial, con determinación de sus poderes y su duración.

El administrador judicial puede proponer la acción de responsabilidad contra los administradores y los síndicos.

Antes del vencimiento de su encargo, el administrador judicial convocará y presidirá la asamblea para el nombramiento de los nuevos administradores y síndicos y para proponer, según el caso, que se proceda a la liquidación de la sociedad.

Ver: art. 2409 C. italiano; 153 del C. de comercio italiano de 1832; 352 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro Código de comercio.

La aplicación del parágrafo 1º de nuestro artículo se subordina a dos condiciones; 1º) que los denunciantes representen el décimo del capital social; y 2º) que a juicio de ellos haya **"fundada sospecha"** de graves irregularidades en el cumplimiento de los deberes de los administradores y los síndicos. Sólo concurriendo estos extremos, podrá formularse la denuncia ante el juez.

Hecha la presentación, el juez oirá a los administradores y los síndicos, hecho lo cual podrá: a) rechazar la denuncia por falta de pruebas perentorias que la hagan verosímil, caso en el cual los denunciantes podrían ser condenados a indemnizar los daños y perjuicios injustamente ocasionados a los denunciados; o, b) ordenar la inspección de la administración de la sociedad a expensas de los denunciantes, subordinándola, según el caso, a la prestación de una caución. Como se comprenderá esta providencia sólo podrá ser dictada a la vista de elementos de juicio o de pruebas directas que tornen verosímil la sospecha de graves irregularidades. El juez no está obligado a ordenar la inspección, pues, nuestro artículo estatuye que podrá ordenarla. Siendo así, como lo es, y si las pruebas de irregularidades son perentorias, podrá el juez prescindir de la inspección y el juez podrá dictar las oportunas providencias cautelares ante la gravedad de los hechos denunciados, y convocar a la asamblea para deliberar acerca de ellos.

Si la gravedad sube de punto, podrá el juez revocar los administradores y a los síndicos y nombrar un administrador judicial con determinación precisa de sus poderes y su duración.

Todo esto se hará en juicio sumario, pues, expuesto el juicio ordinario a dilaciones imprevisibles, no permitiría observar un procedimiento adecuado por su rapidez a los fines tutelares del patrimonio social perseguidos por la ley.

La fuente de nuestro artículo nada dispone acerca de la clase de juicio, más, no así el art. 352 parág. 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, según el cual el juicio debe ser sumario, dado el principio del art. 67 de nuestra ley de enjuiciamiento civil con arreglo al cual: **"Todas las contiendas entre partes, que no tengan señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario"**.

Estatuye el parágrafo 4º del presente artículo que el administrador judicial podrá proponer la acción de responsabilidad contra los administradores y los síndicos, juicio que por su naturaleza pide la mayor amplitud en la defensa, razón por la cual tendría que ventilarse en juicio ordinario, si la asamblea convocada por aquél decide promover la acción propuesta a su consideración. Ocioso es que la asamblea podría también renunciar el ejercicio de dicha acción.

El administrador judicial, antes del vencimiento del plazo fijado a la duración de su cargo, convocará y presidirá la asamblea para el nombramiento de los nuevos administradores y síndicos, y proponer a su deliberación, si es el caso, la liquidación de la sociedad.

No reproducimos el parágrafo 6º del art. 2409 del C. italiano, según el cual: **"Las providencias previstas por este artículo pueden ser adoptadas también a petición del Ministerio Público, y en ese caso los gastos para la inspección son a cargo de la sociedad"**, porque la aplicación de esta norma —a la que Grandi, en su exposición de motivos llama **passo ardito**, o en romance: decisión temeraria— puede permitir que una minoría que no representa ni la décima parte del capital social, ni está dispuesta a sufragar los gastos ocasionados por la inspección, y menos a indemnizar los daños y perjuicios a que fuese constreñida si su denuncia fuese rechazada por el juez, consiga, sin otro argumento que sus **fundadas sospechas**, que el Ministerio Público se haga cargo de su denuncia y prosiga los trámites contemplados en el artículo, con la ventaja para los denunciantes de que los gastos ocasionados por la inspección sean de cargo de la sociedad. Siendo así, bastaría que el representante del Ministerio Público que recibiese la denuncia no fuese suficientemente cauto para que la sociedad se hunda en el descrédito público por obra de una denuncia irresponsable formulada por un puñado de accionistas que ha sido incapaz de obtener la adhesión del número de socios que representen la décima parte del capital social.

CAPITULO VII

De las obligaciones

Art. 1738. — La sociedad puede emitir obligaciones al portador o nominativas por suma que no exceda del capital desembolsado y existente según el último balance aprobado.

Dicha suma puede ser superada:

1) cuando las obligaciones están garantizadas por hipoteca sobre inmuebles de propiedad de la sociedad, hasta dos tercios del valor de éstos.

2) cuando el excedente del importe de las obligaciones respecto al capital desembolsado está garantizado por títulos nominativos emitidos o garantizados por el Estado, que tengan vencimiento no anterior al de las obligaciones o bien por créditos equivalentes de anualidades o subvenciones del Estado o de entes públicos de derecho privado. Los títulos deben que-

dar depositados y las anualidades o subvenciones deben ser vinculadas a un instituto de crédito, por la parte necesaria para garantizar el pago de los intereses y la amortización de las respectivas obligaciones, hasta la extinción de las emitidas.

Cuando concurran razones particulares que interesen a la economía nacional, la sociedad puede ser autorizada por el P. E., para emitir obligaciones, aun sin las garantías previstas en el presente artículo, con observancia de los límites, las modalidades y las garantías establecidas en dicha autorización.

Quedan a salvo las disposiciones de leyes especiales relativas a particulares categorías de sociedades.

Ver. art. 2410 C. italiano; 171 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 365 de nuestro C. de comercio; 386 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, inspirado en las líneas generales de la ley argentina Nº 8875 del 23 de febrero de 1912, a su vez inspirado en el derecho y las prácticas de Inglaterra y los Estados Unidos, como puede verse en Malagarriga, Código de Comercio Comentado, t. II, pág. 253 a 297, 1ª edición.

Nuestro artículo no define qué sea la obligación. Remite su definición a la doctrina según la cual es un título de crédito, contentivo de la promesa de una sociedad de pagar a su poseedor en determinado plazo un cierto interés sobre la suma capital indicada en él y de restituirle esta suma según un sistema preestablecido de reembolso que habitualmente es el de sorteo. (G. Fré, opus cit. pág. 465). La ley argentina Nº 8875 se sirve del vocablo: "debentures", del idioma inglés, como sinónimo de obligación, el cual, no obstante su procedencia latina, según así lo evidenció Malagarriga, (opus cit. t. II, pág. 253), no puede tener carta de ciudadanía en este Código, ceñido al idioma oficial de la República que es el castellano.

Puestas las sociedades por acciones en la necesidad de hacer fuertes inversiones de dinero para la adquisición de bienes de capital, como maquinarias importadas del extranjero, montar una fábrica o manufactura, o consolidar deudas ya existentes, tienen a su alcance dos recursos: o aumentar su capital o negociar un empréstito por emisión de obligaciones colocadas en el público de los ahorradores, que, al tomarlos, reciben el nombre de **obligacionistas.**

No siempre es fácil para ellas aumentar su capital. Según como se ofrezca el mercado de títulos, en la imposibilidad de tal aumento, pueden contemplar eventualmente un empréstito. Si el mercado de títulos no es propicio, no les quedará otro remedio que aumentar su capital por la emisión de una nueva serie de acciones, siquiera éstas, como partes que son del capital social, sólo hayan de ser reembolsadas al tiempo de la disolución y liquidación de la sociedad, sin intereses, al paso que las obligaciones, como títulos de una deuda pecuniaria contraída respecto de personas extrañas a la sociedad ofrezca a los mutuantes un derecho de crédito con intereses a la restitución gradual de la suma prestada a largo plazo, como es propio de los empréstitos. Tiene de peculiar este negocio el de evitar el aumento de capital, pero no el aumento de las propias deudas, siquiera con la comodidad de su reembolso a largos plazos de acuerdo con planes de amortización llevados a cabo mediante el sorteo de un número anual, predeterminado, de obligaciones.

Nada más difícil a la colocación de un empréstito en los países de economía deflagrada y de sistema monetario desarticulado por la inestabilidad o fluctuación del valor del signo monetario en relación a las monedas de cotización internacional, a causa de las emisiones de papel moneda inconvertible por falta de un respaldo monetario que asegure el reembolso de su valor nominal, todo a causa del desequilibrio del Presupuesto General de Gastos, de la balanza de comercio y de la balanza de pagos. Aun ofreciendo las obligaciones por un valor muy inferior al nominal, con un interés superior al corriente en plaza en el momento de la emisión, y premios conexos a los títulos pagaderos por cada sorteo, los ahorradores no se avienen a tomarlos, temerosos de tener que recibir, por vía de restitución, una moneda más desvalorizada de la que deben dar.

Los intereses de las obligaciones son prescriptibles.

Las obligaciones pueden ser nominativas o al portador. Mas nuestro artículo no permite que se las emita por una suma que exceda del capital desembolsado y existente según el último balance aprobado.

Excepcionalmente los Nºs. 1) y 2) de nuestro artículo admiten que dicha suma sea superada si las obligaciones son garantizadas con hipoteca constituída sobre inmuebles de propiedad de la sociedad, hasta dos tercios del valor de éstos; o bien si el excedente del importe de las obligaciones respecto al capital desembolsado está garantizado por títulos nominativos emitidos o garantizados por el Estado, que tengan vencimiento no anterior al de las obligaciones, o bien por crédito equivalente de anualidades o subvenciones a cargo del Estado o de entes del Derecho público privado. Tales títulos deben quedar depositados, y respectivamente las anualidades o subvenciones deben ser vinculadas a un instituto de crédito en cuanto a la parte necesaria para garantizar el pago de los intereses y el monto de las respectivas obligaciones, hasta su extinción total. La violación del presente artículo produce la nulidad insanable de la respectiva deliberación. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, Nº 25, pág. 426 y ss.; G. Fré, opus cit. pág. 479 a 482; Grandi, opus cit. Nº 586, pág. 666).

Art. 1739. — Las resoluciones de la asamblea extraordinaria relativa a la emisión de obligaciones debe ser sometida a su homologación por el juez, hecho lo cual el escribano que la autorizó o los administradores la depositarán en el registro de las empresas. A la resolución se agregarán las eventuales autorizaciones pedidas.

Verificado por el juez el cumplimiento de las condiciones exigidas por la ley, y oído que sea el Ministerio Público, ordenará la inscripción en el registro de las empresas.

La resolución del juez será apelable ante el superior dentro de los treinta días computados desde su notificación.

La deliberación no podrá ser ejecutada sino después de su inscripción.

Ver. art. 2411 C. italiano; 172 del C. de comercio italiano de 1882; 402 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

La inscripción tiene, en este caso, efecto constitutivo.

Art. 1740. — La sociedad que ha emitido obligaciones no puede reducir el capital social sino en proporción de las obligaciones reembolsadas. Si la reducción del capital social debe ser decidida como consecuencia de pérdidas, la medida de la reserva legal debe seguir calculándose sobre la base del capital social existente al tiempo de la emisión, mientras la suma del capital social y de la reserva legal no iguale al monto de las obligaciones en circulación.

Ver: art. 2412 C. italiano y 419 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Elemental es que limitándose por nuestro art. 1737 parágrafo 1º la suma de las obligaciones que toda sociedad por acciones puede emitir a no más del capital desembolsado y existente según el último balance aprobado, no pueda burlar aquel precepto por una reducción desmesurada del capital, dejándolo sin efecto. Viene de aquí que por el primer apartado del presente artículo se estatuya que la reducción debe ser proporcionada a las obligaciones reembolsadas.
Mas como quiera que toda reducción del capital puede ser decidida por la asamblea por ser excesivo y por tanto innecesario, o por consecuencia de pérdidas, deben considerarse por separado la disciplina que corresponda a cada hipótesis, tal como lo explica Giancarlo Fré en los siguientes términos:
a) Si el capital es excesivo, su reducción solo puede hacerse en proporción de las obligaciones reembolsadas. La hipótesis más sencilla es la de que todo el capital haya sido integrado y que se hayan emitido obligaciones por un monto igual o inferior a dicho capital. Más compleja es la hipótesis de que el capital no haya sido integrado sino en parte y que para completarlo se haya emitido obligaciones, todas las cuales están todavía en circulación. Puede en este caso surgir la duda de si sería permitido a la sociedad reducir su capital liberando a los socios de la obligación de pagar las cuotas todavía adeudadas. No obstante el texto del artículo que nos ocupa juzga nuestro autor que dada su finalidad, la duda debe resolverse en sentido afirmativo porque la reducción del capital no desarticulará la proporción entre el capital y las obligaciones que están en circulación.
b) La reducción del capital como consecuencia de pérdidas sólo es obligatoria cuando la pérdida supere en un tercio el monto del capital. Si las pérdidas comprobadas fuesen inferiores a este tercio, no se ve la razón de que se prohiba a la sociedad la reducción de su capital, sólo porque ha emitido obligaciones. En este caso, agrega nuestro autor, la reducción del capital sería un acto de sinceridad que no debe ser obstaculizado, desde que no perjudicaría a los obligacionistas. En consecuencia, nuestro artículo debe ser aplicado tanto en el caso de que la reducción sea obligatoria, como en el caso de que sea facultativa, lo que significa que se debe seguir calculando la reserva legal sobre la base del capital social existente al tiempo de la emisión, mientras la suma del capital social y de la reserva legal no iguale al monto de las obligaciones en circulación. (ver autor y opus cits. pág. 483 y ss.).

Art. 1741. — Las obligaciones deben indicar:

1) la denominación, el objeto y la sede de la sociedad, con indicación de la oficina del registro de las empresas en que la sociedad se halla inscrita;

2) el capital social desembolsado y existente en el momento de la emisión;

3) la fecha de la deliberación de la asamblea y de su inscripción en el registro;

4) el monto total de las obligaciones emitidas, el valor nominal de cada una, el tipo de intereses y el modo de pago y de reembolso;

5) las garantías constituídas en seguridad de las obligaciones.

Ver: art. 2413 C. italiano; 175 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 397 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1742. — La asamblea que resuelva la emisión de obligaciones con las garantías previstas en el art. 1741 debe designar un Escribano que, por cuenta de los obligacionistas, formalice la constitución de dichas garantías.

Ver: art. 2414 C. italiano; 395 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1743. — La asamblea de los obligacionistas resuelve:

1) sobre el nombramiento y la revocación del representante común;

2) sobre las modificaciones de las condiciones del préstamo;

3) sobre la propuesta de administración controlada y de concordato;

4) sobre la constitución de un fondo para los gastos necesarios demandados por la tutela de los intereses comunes y sobre la correspondiente revisión de cuentas;

5) sobre los otros objetos de interés común de los obligacionistas.

La asamblea será convocada por los administradores o por los representantes de los obligacionistas, cuando lo consideren necesario o cuando se formule petición por un número de obligacionistas que represente la vigésima parte de los títulos emitidos y no extinguidos.

La asamblea de obligacionistas se regirá por las disposiciones relativas a la asamblea extraordinaria de los socios.

Para la validez de las resoluciones relativas al objeto indicado en el Nº 2 de este artículo, es necesario, también en segunda convocatoria, el voto favorable de los obligacionistas que representen la mitad de las obligaciones emitidas y no extinguidas.

La sociedad, por las obligaciones eventualmente poseídas por ella, no puede participar en las deliberaciones.

A la asamblea de los obligacionistas pueden asistir los administradores y los síndicos.

Ver. art. 2415 C. italiano; 417 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El primer asunto acerca del cual debe deliberar la asamblea de obligacionistas es el relativo a la organización de su defensa, para lo cual, considerándose ella un grupo de sujetos con derechos paralelos en relación a la autonomía del crédito inherente a cada uno, como la concibe Giancarlo Fré, o como un consorcio constituído ex lege, desprovisto de personalidad jurídica y de autonomía patrimonial, pero autónomo en relación a la sociedad emisora, como lo concibe Valeri, nombra un representante común, investido de la facultad de defender y tutelar sus créditos. Es el **entailer** del derecho anglosajón, o **fideicomisario** del art. 16 de la Ley argentina Nº 8875, investido de las facultades comunes a los mandatarios (art. 17), como igualmente se lo designa por los arts. 397 inc. VI), 404, 406 etc., del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Este vocablo castellano, aglutinación de las voces latinas **fidei y commissarius**, de que el testador romano se servía para designar al heredero a quien confiaba la ejecución de su disposición por causa de muerte, consistente en la entrega de un objeto particular o de toda la herencia o de una cuota de ella al beneficiario de su institución, si exacta traducción de la palabra inglesa: **entailer**, no ha logrado carta de ciudadanía en la legislación italiana para designar al personero común de los obligacionistas, cuando en las lenguas neo-latinas ningún vocablo hay que mejor connote la idea de mandato • que la palabra: **"representante"**, siquiera haya mandato sin representación, como en el contrato de comisión, y representación sin mandato, como en la tutela y la curatela. Compartiendo estos puntos de vista que tienen que ver con la propiedad del lenguaje, de tanta importancia en Derecho, optamos por llamar **representante** al **fideicomisario** de la Ley argentina Nº 8875.
La asamblea de obligacionistas no procede de un acuerdo de todos ellos, sino de la ley que, mirando a tutelar sus intereses, sacrifica la voluntad individual de sus componentes a la voluntad de la mayoría y los constriñe a reunirse en asamblea para nombrar su representante común, o para revocar el ya nombrado, si así conviniese a su situación de suscritores de las obligaciones emitidas por la sociedad.
La asamblea de obligacionista delibera también:
a) sobre las modificaciones de las condiciones del préstamo, asunto considerado por Grandi (opus cit. Nº 987, pág. 667), como el punto mas delicado de la reforma en cuanto confiere a los obligacionistas que representen la mitad de las obligaciones emitidas y no extinguidas, con efecto vinculativo aun para los ausentes y disidentes eventuales modificaciones de las condiciones del préstamo, porque de tal modo se atribuye a la mayoría ya indicada la facultad de aprobar cambios sustanciales relativos a la tasa del interés, al reembolso anticipado, de las obligaciones y a la garantía constituída en el acto de la emisión. Es por esto —agrega el Ministro Guardasello— que este sistema constituye en definitiva una ventaja para los obligacionistas, por la consideración de que la oportuna modificación de las condiciones del préstamo puede ser en determinado caso el mejor medio para asegurar al portador de las obligaciones la realización de su crédito. Un plan de amortización consignado inicialmente, basada en perspectivas demasiado optimistas, una tasa de interés demasiado elevada, una garantía real que impida la conveniente enajenación de un inmueble, pueda constituir razón de irreparable perjuicio para la sociedad emitente, y representar en consecuencia para las obligacionistas un peligro más grave del daño muchas veces muy relativo que podría derivar de una conciente limitación de su derecho. (ver: G. Fré, opus cit. pág. 486 y ss.; Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, pág. 428).
b) sobre la propuesta de administración controlada y de concordato, asuntos del mayor interés para los obligacionistas desde que, ante la inminencia de la cesación de pagos, puede la sociedad emisora pedir convocación de acreedores, y avocarse de esta suerte a votar, como un solo acreedor, soluciones preventivas, como un concordato moratorio o remisorio, o la drástica de la quiebra, harto se explica que la asamblea delibere para habilitar a su representante a intervenir por ella en la reunión de acreedores, a favor o en contra de las soluciones propuestas por la sociedad deudora. Nada impide que ésta, en el interés de lograr la doble mayoría de número y de capital para la aceptación de un concordato, ofrezca a la masa de acreedores el contralor de todas sus operaciones hasta la total extinción de su pasivo, o que la asamblea de obligacionistas subordine a este contralor la aceptación del concordato.
c) sobre la constitución de un fondo para los gastos necesarios a la tutela de los intereses comunes y sobre la correspondiente revisión de cuentas, otro asunto de común interés para los obligacionistas, a resolver el cual enseña la doctrina que la asamblea no podría por un voto de mayoría imponer gastos excesivos a cargo de cada uno de ellos, sino los estrictamente indispensables, como por ejemplo, los necesarios para la convocación de la asamblea, la retribución debida al representante común o al pago de servicios de caracter profesional que haya sido menester contratar.
d) sobre los otros objetos de interés común de los obligacionistas.
Lo que sigue del presente artículo es harto claro respecto a la disciplina de la asamblea de obligacionistas, la cual puede ser convocada por los administradores o por sus propios representantes, las veces que lo considere necesario o lo requiera un número de obligacionistas que represente la vigésima parte de los títulos emitidos y no extinguidos.
La asamblea será regida por las disposiciones relativas a la asamblea extraordinaria de los socios.
Las deliberaciones sobre modificaciones de las condiciones del préstamo exigen para su aprobación, en segunda convocatoria, el voto favorable de los obligacionistas que representen la mitad de las obligaciones emitidas y no extinguidas. A las asambleas pueden asistir los administradores y los síndicos, pero la sociedad, por las obligaciones eventualmente poseídas por ella, no puede participar de las deliberaciones.

Art. 1744. — Las resoluciones aprobadas por la asamblea vinculan también a los obligacionistas ausentes o disidentes.

Cada obligacionista puede impugnar las decisiones que no sean aprobadas de conformidad con la ley, a tenor de los artículos 1705 y 1706.

Las impugnaciones deben promoverse ante el juez en cuya jurisdicción tenga su sede la sociedad, en juicio contradictorio con el representante de los obligacionistas.

Ver: art. 2416 C. italiano; 418 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Nuestro artículo confiere efectos vinculativos sólo a las deliberaciones aprobadas de conformidad con la ley, tanto respecto de los ausentes, como de los disidentes.
Mas las deliberaciones aprobadas con subversión de la ley pueden ser impugnadas por todo obligacionista, singularmente considerado, como por ejemplo: por irregularidad en la constitución de la asamblea o por el contenido de la decisión aprobada por la asamblea. La anulación de la deliberación producirá efecto respecto a todos los obligacionistas y constreñirá a su representante común a tomar las medidas que corresponda, todo a tenor del art. 1705.
La anulación producirá efectos ex tunc, pero quedando a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe sobre la base de los actos cumplidos en ejecución de la deliberación anulada.
Caso hay, empero, en que por el concurso de circunstancias particulares, los efectos retroactivos de la sentencia de nulidad se extienden aun a los derechos adquiridos por la propia sociedad emisora, por no serle aplicable la calidad de tercero. Así, si por un pacto entre la sociedad y el representante de la asamblea de obligacionista se hubiese estipulado una rebaja de la tasa del interés, en ejecución, se entiende, de una deliberación de dicha asamblea, pero posteriormente anulada, mal podría la sociedad considerarse tercero respecto de ella por haber sido ella la que determinó a la asamblea a aceptar la rebaja de la tasa del interés, y porque además, ha podido ella estar representada por sus propios administradores y síndicos, siquiera sin voto. (ver: Giancarlo Fré, opus cit. pág. 492 a 496).

Art. 1745. — El representante común puede ser elegido fuera de los obligacionistas. Si no es nombrado por la asamblea a tenor del art. 1743, podrá ser nombrado por auto motivado del juez a petición de uno o más obligacionistas o de los administradores de la sociedad.

No pueden ser nombrados representantes comunes de los obligacionistas y, en caso de serlo, cesarán de inmediato, los administradores, los síndicos, los dependientes de la sociedad deudora y aquellos que se encuentran en las condiciones indicadas en el art. 1727.

El representante común dura en el cargo por un periodo no superior a un trienio y puede ser reelecto. La asamblea de los obligacionistas fija su remuneración. Dentro de los quince días computados desde la noticia de su nombramiento, el representante común debe pedir su inscripción en el registro de las empresas.

Ver: art. 2417 C. italiano; 417 parág. 2º y 404 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1746. — El representante común debe proveer a la ejecución de las resoluciones de la asamblea de los obligacionistas, tutelar los intereses comunes de éstos en sus relaciones con la sociedad y asistir a las operaciones de sorteo de las obligaciones. Tiene derecho a asistir a la asamblea de los socios.

Para la tutela de los intereses comunes tiene la representación procesal de los obligacionistas aun en la administración controlada, en el concordato preventivo, en la quiebra y en la liquidación forzosa administrativa de la sociedad deudora.

Ver: art. 2418 C. italiano.

Art. 1747. — Las disposiciones de los artículos anteriores no obstan el ejercicio de las acciones individuales de los obligacionistas, salvo que éstas sean incompatibles con las resoluciones de la asamblea previstas por el art. 1743.

Ver: art. 2419 C. italiano.
Nada hay que agregar al texto del art. 1747. Aun cuando el representante común es nombrado por la asamblea de obligacionistas, no puede ésta modificar sus poderes inderogablemente establecidos por el art. 1745.
Nuestro art. 1747 estatuye que no obstante el nombramiento de un representante para la tutela de los intereses comunes a todos los obligacionistas, cada uno de éstos conserva a salvo su acción individual para la protección de sus propios derechos, salvo que ella sea incompatible con las resoluciones de la asamblea previstas por el art. 1743. Así, el obligacionista podrá obrar individualmente para obtener los intereses que la sociedad se niega a pagarle so pretexto de la compensación con una deuda de él, y también cuando la sociedad no cumpla con su obligación respecto de todos los obligacionistas, pero no cuando la asamblea de obligacionistas le haya acordado a la sociedad una espera.

Art. 1748. — Las operaciones de sorteo de las obligaciones deben hacerse, bajo pena de nulidad, en presencia del representante común o, en su defecto, de un Escribano Público.

Ver: art. 2420 C. italiano.
El sorteo de los títulos es el modo normal de pago y de reembolso de las obligaciones emitidas por la sociedad, según el sistema de amortización estipulado, el cual debe estamparse sobre cada título, con indicación del número de éstos y su vencimiento, que habitualmente es anual.
Al exigir nuestro artículo que el sorteo se verifique en presencia del representante común o de un Escribano, bajo pena de nulidad, mira a garantizar a los obligacionistas la corrección del acto.

CAPITULO VIII

De los libros de la sociedad

Art. 1749. — Además de los libros Inventario, Balance, Diario y el Mayor y de de la documentación de todos sus asientos obligatorios para todo empresario que ejerza una actividad comercial, la sociedad debe llevar:

1) el libro de los socios, en el que se debe anotar el número de las acciones, el nombre y apellido de los titulares de las acciones nominativas, las transferencias y los vínculos relativos a ellas y los desembolsos ejecutados;

2) el libro de las obligaciones, en el que se debe anotar el monto de las obligaciones emitidas y de las extinguidas, el nombre y apellido de los titulares de las obligaciones nominativas y las transferencias y los vínculos que se refieran a ellas;

3) el libro de sesiones y de deliberaciones de las asambleas, en el que se deben transcribir también las actas labradas por escritura pública;

4) el libro de sesiones y de deliberaciones del consejo de administración;

5) el libro de sesiones y de deliberaciones del colegio de síndicos;

6) el libro de sesiones y deliberaciones del consejo administrativo, si éste existe;

7) el libro de sesiones y deliberaciones de las asambleas de los obligacionistas, si se han emitido obligaciones.

Los libros indicados en los números 1, 2, 3 y 4 deben ser llevados bajo la responsabilidad de los administradores; el libro indicado en el número 5, por el colegio de síndicos; el libro indicado en el número 6, por el comité ejecutivo, y el libro indicado en el Nº 7, por el representante común de los obligacionistas.

Antes de que los libros expresados sean usados, deben ser numerados y sellados por página por el encargado del registro de las empresas, quien certificará en la última página de cada libro el número de ellos.

Ver: art. 2421 del C. italiano; 140 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 329 y 350 in fine de nuestro C. de comercio; 67 y 284 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1750. — Los socios tienen derecho a examinar los libros indicados en los números 1 y 3 del artículo anterior y a obtener extractos a su costa.

Igual derecho pertenece al representante común de los obligacionistas encuanto a los libros indicados en los números 2 y 3 del artículo anterior y a los obligacionistas singulares en cuanto al libro indicado en el Nº 7 del mismo artículo.

Ver: art. 2422 del C italiano; 142 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 287 inc. IV), 347 inc. II) y 407 inc. a) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Exponiéndonos la explicación de estos dos últimos preceptos a repetir los conceptos expresados en su propio texto, nos limitaremos al tema del derecho de inspección de los libros de la sociedad

Aun cuando sea inderogable el derecho conferido a los accionistas a inspeccionar los libros indicados en los Nºs 1 y 3 del art. 1749, no debe entenderse que tales libros deban estar permanentemente abiertos a la inspección de cualquiera que invocando su calidad de accionista, pero sin justificarla, ni haber solicitado de los administradores la comunicación de dichos libros, pueda obtener extractos de sus asientos. Tampoco se debe entender que justificando el peticionante su calidad de accionista y formulando su solicitud, puedan los administradores ser renuentes a concederla, sino antes al contrario ser solícitos en deferir a ella.

Pudiendo esta inspección traducirse en indiscreciones perjudiciales a la sociedad, queda ella sólo reservada al socio, con exclusión de todo extraño.

En cambio, el derecho de inspección de los libros indicados en los Nºs 2 y 3 es atribuido al representante de los obligacionistas. Mas los obligacionistas singulares tienen acceso a la inspección del libro de sesiones y de deliberaciones de las asambleas de los obligacionistas.

Los otros libros indicados en el art. 1749 no pueden ser inspeccionados ni por los socios ni por los obligacionistas, ni por el representante común de estos últimos, por el daño que pueda derivar a la sociedad del conocimiento que ellos puedan tener de las actas de las reuniones del consejo de administración, del comité ejecutivo o del colegio sindical.

CAPITULO IX

Del balance

Art. 1751. — Los administradores deben redactar el balance de ejercicio, con la cuenta de ganancias y pérdidas.

Del balance y de la cuenta de ganancias y pérdidas deben resultar con claridad y precisión la situación patrimonial de la sociedad y las utilidades obtenidas o las pérdidas sufridas.

El balance debe ir acompañado de una Memoria de los administradores sobre la marcha de la gestión social.

Ver: art. 2423 C. italiano; 176 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 361 de nuestro C. de comercio; 655 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 239 C. de comercio alemán; 69 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Cosa vieja es la noción del balance de toda entidad o empresa comercial, como resumen de su situación patrimonial, referido al día de la clausura de cada ejercicio anual, siquiera de ordinario no coincidente con el último día del año solar. Redactado sobre la base del inventario contentivo de la indicación y la valoración del activo y pasivo social, pone sintéticamente de manifiesto en dos columnas contrapuestas las partidas del activo y las del pasivo, derivadas del inventario, de donde viene que tal documento se llama balance, por su función comparativa de los cómputos del activo y pasivo y expresión del resultado de esta operación, cifrada en una diferencia llenada con una utilidad o con una pérdida. La cuenta de ganancias y pérdidas, a diferencia del balance, debe indicar analíticamente las utilidades obtenidas y las pérdidas sufridas, sus procedencias y causas. Indicará, de un lado, las rentas y los beneficios y, del otro, los gastos, generales y de ejercicio, incluso los impuestos y tasas, y las pérdidas: consumos y disminuciones de los bienes sociales. Figurará en su primera parte la utilidad bruta conjunta de ejercicio y, en la segunda, la utilidad neta de ejercicio, constituída por la diferencia entre ambas. Se obtendrá ésta si existe una diferencia activa entre utilidad bruta y gastos y pérdidas. Se obtendrá pérdidas, si dicha diferencia es pasiva.

El balance y la cuenta de ganancias y pérdidas deben ir acompañados de la Memoria de los administradores sobre la marcha de la gestión social, en la que éstos explicarán el criterio con que procedieron en el gobierno de los negocios de la sociedad, dado que son ellos los responsables de su libre elección. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág 152, Nº 53, pág. 494; Giancarlo Fré, opus cit. pág. 506 a 510).

Art. 1752. — Salvo las disposiciones de leyes especiales para las sociedades que ejercen actividades particulares, el balance debe indicar separadamente en su importe total, en el activo:

1) los créditos contra los socios por aportes todavía adeudados;
2) los inmuebles;
3) las instalaciones y maquinarias;
4) los derechos de patente industrial y los de utilización de las obras de ingenio;
5) las concesiones, las marcas de fábricas y su costo;
6) los muebles;
7) las existencias de materias primas y las mercaderías;
8) el dinero y los valores existentes en caja;
9) los títulos de crédito de renta fija;
10) las participaciones, con indicación separada de las acciones propias adquiridas de conformidad con el art. 1686;
11) los créditos contra la clientela;
12) los créditos contra Bancos;
13) los créditos contra sociedades vinculadas;
14) los otros créditos;

en el pasivo:

1) el capital social por su valor nominal, diferenciado el importe de las acciones ordinarias del importe de las acciones de otra categoría;
2) la reserva legal;
3) las reservas estatutarias y las facultativas;
4) los fondos de amortización, de renovación y de cubertura contra el riesgo de desvalorización de los bienes;
5) los fondos separados para indemnizaciones por despido y de jubilación del personal dependiente;
6) las deudas con garantía real;
7) las deudas a los proveedores;

8) las deudas a Bancos y otras entidades;
9) las deudas a sociedades vinculadas;
10) las obligaciones emitidas y todavía no extinguidas;
11) las otras deudas de la sociedad;

en el activo y el pasivo:

1) las fianzas o cauciones de los administradores y de los dependientes;
2) las otras contrapartidas y cuentas de orden.

Las obligaciones de garantía deben ser anotadas en el balance aun cuando existan créditos correspondientes de repetición.

Están prohibidas las compensaciones de partidas.

Ver: art. 2424 C. italiano; 70 y 71 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio; 656 C.F.S. de las Obligaciones; 261 y 262 C. de comercio alemán.

Nuestro artículo, como su fuente, llena un vacío de nuestra legislación. Nada, en efecto, dispone nuestro C. de comercio acerca del contenido del balance de las sociedades anónimas, ni de las empresas o entidades dedicadas al comercio. Dado lo dispuesto por los arts. 261 y 262 del C. de comercio alemán y el 656 del C.F.S. de las Obligaciones, no es aventurado creer que estos preceptos son los que inspiraron a los compiladores italianos del Código de 1942 la conveniencia de establecer por ley una clasificación de las más completas de los elementos del patrimonio de una sociedad, que puede valer en todas las hipótesis ofrecidas en la realidad. Con esta aclaración, pasamos a tratar de dichos elementos del activo, punto menos que idénticos a los indicados en el art. 70 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, de indudable filiación doctrinal italiana:

1) Debiendo inscribirse en el pasivo el íntegro monto del capital social, siquiera sólo haya sido integrado en parte, ocioso es que por el saldo también se incluya en el pasivo los créditos contra los suscritores de acciones por las cuotas no pagadas todavía. La claridad del balance exige que estos créditos tengan un sitio aparte de los otros créditos de la sociedad.

2) Los inmuebles a que se refiere el Nº 2) de nuestro artículo, son los inmuebles por naturaleza definidos por el art. 2314 del C. argentino como "cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluídas que forman su superficie y profundidad: todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del nombre", incluso todos los frutos y productos del suelo, como minerales, fósiles o vegetales (ver Segovia, opus cit. t. II, nota 5, pág. 3, 1ª edición).

Dado lo estatuido bajo el Nº 3) de nuestro artículo, se ve que la ley quiere que se distingan los bienes inmuebles propiamente dichos de las instalaciones y las máquinas, aunque estén incorporadas al suelo, por obra del propietario, las cuales son inmuebles por accesión, a tenor del art. 2316 del C. argentino.

4) Los derechos de patente industrial y los de utilización de las obras de ingenio literario y artístico, comprende la propiedad de las patentes de invención industrial y demás bienes inmateriales que por su idoneidad para constituir objeto de cambio, deben tener un sitio en el activo.

5) Aun cuando bajo este número se agrupan bienes patrimoniales distintos, deben aparecer separados en el balance, con su respectivo valor. Así, la concesión otorgada por el Estado a la Compañía Americana de Luz y Tracción para el suministro de energía eléctrica a la ciudad y la explotación del transporte en tranvías movidos por la misma fuerza, por un período determinado de años y sobre las bases y condiciones establecida por la ley de concesión, debe aparecer en el activo de la compañía concesionaria por la suma que la concesión en sí misma le ha costado. Luego que el Estado adquirió de la C.A.L.T., su Usina y todas sus instalaciones de suministro de luz a la ciudad, sus rieles y tranvías, bien podría ocurrir que el Estado, por vía de simplificar sus actividades, otorgue a una empresa la explotación del transporte tranviario, pero reservándose él la propiedad de la Usina generadora de la electricidad y de los rieles y tranvías, todo a cambio de una cuota anual de alquiler. En este caso, la empresa concesionaria establecerá en su activo el importe de este arrendamiento.

Una patente de invención o de fábrica puede ser valioso bien del activo del patrimonio social, cuya valuación debe consignarse por separado.

6) **Bienes muebles son, según el art. 2318 del C. argentino, las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí misma (como el ganado vacuno o caballar), sea que sólo se muevan por una fuerza externa (como los vehículos automotores o a tracción a sangre), con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles".**

Las sociedades por acciones que poseen ganado o semovientes, consignarán el valor que les atribuya la Dirección del Impuesto a la Renta últimamente substituído por el Impuesto a la transferencia de Gs. 150 por cabeza de ganado.

7) Las existencias de materias primas y las mercaderías, agrupadas bajo este número también debe aparecer en el activo por separado, cada una con su valor. Así, una manufactura de tejidos consignará en su balance el valor de su acopio de algodón por lo que le ha costado y las telas ya fabricadas, por su valor de venta al por mayor, en cuya fijación se incluirán los gastos hechos para producirlas.

8) El dinero y los valores existentes en caja, puede consistir en billetes del Banco de Fomento o en signos monetarios extranjeros, metálicos o no.

En este rubro no se incluirá el dinero depositado en los Bancos públicos o instituciones de crédito, el cual se consignará como crédito contra Bancos.

9) Los títulos de crédito de renta fija comprende los títulos nominativos o al portador emitidos por el Estado o la Municipalidad, u obligaciones emitidas por sociedades acciones.

10) Las participaciones a que se refiere este número, son aquellas que acusan una suscripción a acciones de otra sociedad o parte en el capital de otra siquiera no fuese por acciones.

11) Los créditos contra la clientela no piden explicación, salvo que deben ser consignados separadamente de los créditos contra los Bancos, de los créditos contra las sociedades controladas y los otros créditos, cuya discriminación es un tributo a la claridad del balance.

Viniendo ahora a los rubros del pasivo, nuestro artículo los enumera como sigue:

1) el capital social por su valor nominal, aunque no haya sido totalmente integrado. No se incluirán las acciones de goce de nuestro art. 1680 porque no representan una cuota del capital, sino un derecho a las utilidades que restan después de haberse pagado a las acciones no reembolsadas un dividendo igual al interés legal, y en caso de liquidación, a la distribución del patrimonio social que reste después de haberse reembolsado a las otras acciones por su valor nominal. En consideración a estos derechos eventuales debe consignárseles por separado.

2) y 3) La reserva legal: la reserva estatutaria y la reserva facultativa. Dado que la sociedad no debe repartir dividendos sino por utilidades líquidas y realizadas, porque es contrario al interés social y de los terceros que el capital social sea menoscabado por extracciones de fondos que lo disminuyan con grave perjuicio para la gestión regular de sus negocios. En consideración a este interés quiere la ley que las sociedades por acciones separen de las utilidades líquidas y realizadas una parte para la formación de fondos de reserva legal, instituídos para impedir que las eventuales pérdidas de ejercicio incidan sobre el capital social.

Nuestro artículo permite que por el acto constitutivo se autorice la formación de reservas llamadas estatutarias las unas y facultativas las otras, con el mismo fin que la reserva legal. Y como todas estas reservas hacen parte del capital ocioso es que al par de éste, se inscriban en el pasivo del balance.

4) Los fondos de amortización, de renovación y de cubertura contra el riesgo de desvalorización de los bienes, son instituidos en previsión de las pérdidas que la sociedad puede sufrir por el uso y desgastes contínuos de las instalaciones, máquinas, concesiones y patentes, que son elementos patrimoniales destinados al desenvolvimiento de la empresa social, de modo a permitir a la sociedad repartir el costo de las máquinas e instalaciones, etc., entre varios ejercicios sociales al cabo de los cuales se dice que tales máquinas e instalaciones se hallan amortizadas que vale tanto como decir que la sociedad ha recobrado en el decurso del tiempo los fondos invertidos en su adquisición.

No solo las máquinas e instalaciones están sujetas a desvalorización por el uso sino también los títulos de acciones poseídos por la sociedad, y los créditos que pueden desvalorizarse por la imposibilidad de cobrarlos. Para evitar cue la relativa pérdida incida sobre el ejercicio en que eventualmente se produzca, se constituyen fondos de cubertura contra riesgos de desvalorización de determinados bienes, inscribiéndose en el balance como fondos por oscilaciones de títulos o por créditos no exigibles. Es una especie de seguro en que el asegurador es la propia sociedad.

5) Fondos separados para indemnizaciones por despido y de jubilación del personal dependiente es otra previsión contra los riesgos a que la legislación del trabajo expone al empresario por despidos que, aun siendo justos en si, se resuelven en indemnizaciones que deben pagarse al locador de sus servicios. La jubilación de empleados puede ser materia de una ley especial, como existen en otros países de mas sólido desarrollo económico. Mas nada empece que la sociedad misma instituya por sus Estatutos la jubilación de sus dependientes al cabo de determinado tiempo de servicios, caso en el cual, lógico será que separa fondos destinados a abonarla a sus beneficiarios.

6) Las deudas con garantía real, como la hipoteca o la prenda, deben consignarse en el pasivo del balance, como un elemento más de juicio que permitirá a los que quieran entrar en releciones con la sociedad, conocer con precisión su situación patrimonial.

7) Análoga consideración explica la consignación de las deudas a los proveedores, las deudas a los Bancos y otras entidades, las deudas a las sociedades vinculadas, las obligaciones emitidas y todavía no extinguidas, y las otras deudas de la sociedad, cada una separadamente.

Deben figurar en el activo y el pasivo:

1) las fianzas o cauciones de los administradores y de los dependientes, y las otras contrapartidas / las cuentas de orden. Los bienes a los cuales se refiere este número, no forman parte del patrimonio social. No hacen parte ni del activo ni del pasivo, razón por la cual no debieran figurar en el balance para no aumentar sus totales, que así inflados no corresponderían a la situación real de la sociedad. Tal es la razón por la cual en la práctica de la contaduría se estila conferir a estas partidas un alcance meramente informativo.

2) Las obligaciones de garantía, como avales, fianzas, etc., tampoco influyen sobre la situación patrimonial de la sociedad, pero sirven como elementos para apreciarla en lo que ella tiene de real. (ver G. Fré, opus cit. pág. 512 a 525).

Art. 1753. — En la valoración de los elementos del activo deben observarse los siguientes criterios:

1) los inmuebles, las instalaciones, las máquinas y los muebles no pueden ser anotados por un valor superior a su precio de costo, y la valoración se debe reducir en cada ejercicio en proporción de su deterioro y consumo por la cuota correspondiente a dicho ejercicio, mediante la anotación en el pasivo de un fondo de amortización;

2) las materias primas y las mercaderías no se pueden anotar por un valor superior al precio menor entre el de adquisición o de costo y el que resulte del precio corriente en el mercado al cierre del ejercicio;

3) los derechos de patente industrial, los derechos de utilización de las obras del ingenio, los derechos de concesión y las marcas de fábrica no pueden anotarse por un valor superior al precio de adquisición o de costo y este precio se debe reducir en cada ejercicio en proporción a su duración o a la pérdida o disminución de su utilización;

4) el valor de las acciones y de los títulos de renta fija se debe determinar por los administradores, según su prudente apreciación, teniendo presente, en cuanto a los títulos cotizados en Bolsa, el curso de las cotizaciones. Los criterios seguidos en tal determinación deben ser comunicados al colegio de síndicos, para que los tengan en cuenta en su Memoria a la asamblea;

5) las participaciones que no sean en acciones se deben valorar por un importe no superior al resultante del último balance de las empresas a las cuales se refieren;

6) los créditos deben ser valorados según el presumible precio de realización;

7) la eventual diferencia entre las sumas debidas al vencimiento de las obligaciones emitidas y las obtenidas en el momento de la emisión puede ser anotada en una partida especial del activo.

En tal caso se debe amortizar en cada ejercicio una parte de la diferencia, de conformidad con los planes de amortización.

Las desvalorizaciones de los elementos del activo pueden resultar de

partidas anotadas en el pasivo, separadamente en cuanto a las partidas singulares del activo.

Si razones especiales exigen una derogación de las normas del presente artículo, los administradores y el colegio de síndicos deben indicar y justificar las derogaciones singulares en sus memorias a la asamblea.

Ver: art. 2425 C. italiano; 656 Nos 2 a 7, C.F.S., de las Obligaciones; 261 y 262 C. alemán de comercio; 72 y 73 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Juzga Giancarlo Frè que el problema más delicado presentado al legislador en relación al balance no es tanto la indicación de los elementos patrimoniales que en él deben anotarse separadamente, cuanto el de establecer el criterio que debe observarse para atribuirles un valor.

En blanco esta materia en el Código de comercio italiano de 1892, ya abrogado, como en blanco también está en el nuestro, tan pobre en la disciplina de esta y otras delicadas cuestiones, confiesa nuestro autor que los compiladores del Código Italiano de 1942 debieron pedir inspiración especialmente a la legislación comercial alemana, de la que el art. 656 del Código Federal suizo de las Obligaciones es manifiesto trasunto. Explícase así que los compiladores del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, convencidos de la bondad, utilidad e importancia de las normas de que pasamos a ocuparnos, hayan trasegado la substancia del art. 2425 del C. Italiano a los arts. 72 y 73 de su esbozo.

Los principios de la presente reforma son tres, enunciados esquemáticamente, como sigue:

a) para los bienes destinados a un uso permanente de la empresa no es posible una valuación verdadera y propia si se prescinde de su valor de venta, y además, porque dado su indicado destino, no es determinable un valor de uso en que pueda confiarse

b) para los bienes destinados a la venta es posible una estimación referida al precio del mercado;

c) para los créditos, la estimación debe corresponder a su presumible valor de realización.

Las normas que pasamos a explicar giran en torno a estos principios, extraídos de un feliz empirismo, agrega nuestro autor dominado por la constante y absorbente preocupación de mantener a salvo la integridad del capital social y del sano concepto de que la plusvalía, que eventualmente quedase oculta, constituiría para la empresa social un precioso elemento de mayor solidez.

I) **Valuación de los bienes inmovilizados**, como son los inmuebles, las instalaciones, maquinarias y las cosas muebles destinadas a un uso duradero, o que se poseen para no ser vendidas, como por ejemplo, los medios de locomoción. El valor máximo de estos bienes, a los efectos del balance, es su precio de costo.

Siendo así, no deben ser anotados por un valor superior. Mas si por su uso viniesen a menos estos bienes, nada obstará a que los administradores, en vista de la favorable actividad social, y con prudente criterio, admitan que en el balance se les atribuya un valor inferior al de costo, mediante una rápida amortización que establece la situación patrimonial de la sociedad al evitar el año que a su crédito causaría el menor valor efectivo atribuído a dichos bienes.

II) **La amortización.** Viniendo físicamente a menos por el uso continuado los bienes instrumentales de toda empresa comercial, como son las máquinas e instalaciones, y hasta los inmuebles, a pesar de su diligente cuidado, se impone su substitución en un tiempo a veces menos largo que el previsto, porque perfeccionándose cada día la fabricación de máquinas, nada se aconseja tanto como reemplazarlas por otras más modernas que permitan producir en menor tiempo y por un costo más bajo, mayor cantidad de mercaderías.

No siendo posible gravar íntegramente el ejercicio en que haya de procederse a la substitución de los bienes deteriorados o envejecidos por el uso, dado que su consumo y deterioro se han producido en el correr de los años, de modo que en cada ejercicio se ha producido la pérdida de sólo una parte de su valor inicial, es canon de buena administración que a cada uno de dichos ejercicios se le haga soportar la cuota de deterioro que le corresponda, mediante el sistema de una amortización anual consignada en cada balance.

Este resultado se puede obtener de dos maneras: o reduciendo gradualmente en cada ejercicio el valor con que dichos bienes figuran en el activo, o bien dejando invariable ese valor del activo y anotando en el pasivo un fondo que será aumentado en cada ejercicio. Este sistema, difundido en la práctica de la contabilidad (bajo el régimen del Código de comercio italiano de 1882, es el que obligatoriamente se halla impuesto por el Nº 4 del pasivo, de nuestro artículo.

III) **Valuación de la materia prima y de las mercaderías.** Tratándose de bienes no están destinados a la venta, es posible su valuación, la cual será lo deducida del precio corriente que ellos tengan en el mercado. Mas sin desconocer este principio, estatuye nuestro artículo que cuando el precio del mercado sea superior al de adquisición o de costo, debe atribuirse a dichos bienes este último precio.

IV) **Valuación de las patentes, marcas y concesiones.** Como estos bienes no están destinados a la venta, sino antes bien son bienes de instalación, valores de ejercicio, conjunto de bienes que sirven para el ejercicio de la empresa social, no pueden anotarse en el balance por un precio superior al de adquisición o de costo, el cual debe ser reducido en cada ejercicio en proporción de su duración, o de la pérdida o de la disminución de su utilización.

V) **Patentes industriales.** Carentes los bienes de esta naturaleza de cotización en el mercado, e imposible prever el rendimiento que un invento podría producir en el futuro, ni su duración, desde que puede ser superado por otro nuevo; nuestro artículo prescribe que la patente figure en el balance por el precio de adquisición o de costo, que siempre será una estimación o valuación subjetiva, razón por la cual no es fácilmente determinable. Incurrirían en error los administradores que valuasen un invento por precios excesivos, muy superiores a los gastos que el inventor ha debido soportar para patentarlo.

VI) **Derecho de utilización de las obras de ingenio.** Son los derechos de autor, a los cuales se aplican las mismas reglas de estimación de los inventos.

VII) **Derechos de concesión.** Estos derechos deben figurar en el activo por el valor de la suma invertida en obtenerlos del Estado. Si la concesión debiese pagarse en cuotas anuales, estas cuotas serán anotadas en el balance.

VIII) **Marcas de fábrica.** La marca es de tal modo parte integrante del negocio explotado por la fábrica que no es posible valuarla sino en función de la importancia o volumen de los negocios de la empresa, razón por la cual la ley italiana del 24 de junio de 1942 estatuye por su art. 15 que ella sólo puede venderse con la hacienda o con un ramo particular de ésta. Mas a los efectos de su anotación en el balance, supone nuestro artículo que la adquisición de un negocio de parte de la sociedad se ha hecho por un precio separado del de la marca transferida en la misma ocasión. Siendo así, el valor de la marca no será otro que el estipulado por las partes

No poca es la dificultad a que se ofrece la disminución anual, por cada ejercicio, del valor de la marca en proporción a su duración o a la pérdida o disminución de su utilización. Por nuestra legislación sobre marcas, duran éstas 10 años renovables por otra inscripción, de donde viene que la disminución gradual de su valor se hará en consideración al período de tiempo legal de su duración.

IX) **Valuación de las acciones y de los títulos de renta fija.** Para la anotación en el balance del valor de las acciones y títulos de renta fija, no se toma en cuenta su valor de compra, sino su cotización en la Bolsa o sea en el mercado de títulos, que los administradores deberán tener en cuenta.

Nuestra Bolsa de Comercio, en otros tiempos activa, subsiste de nombre, como poseedora del amplio local en que funcionaba, pero que al presente, está desierto.
Como el presente Código no mira a disciplinar sólo las relaciones jurídicas privadas del presente, sino también las del futuro, queda la aplicación del precepto que nos ocupa reservada a la eventualidad de que, con el gradual incremento de la actividad mercantil, se coticen las acciones y títulos de renta fija en su mercado propio.
X) **Valuación de las participaciones que no sean en acciones.** La sociedad por acciones puede tener parte en sociedades colectivas, o en comandita simple o de responsabilidad limitada. Como tampoco en este caso existe un mercado en que las participaciones de esta clase se coticen, y bien podría ocurrir que al tiempo en que la sociedad participante deba formular su balance no esté hecho el balance de la sociedad en que ella tiene parte, estatuye nuestro artículo un límite máximo a su valuación cual es el que resulte del último balance de las empresas a las cuales se refieren.
XI) **Valuación de los créditos.** Para estos bienes nuestro artículo reserva a los administradores un amplio margen de estimación prudencial cual es el "presumible valor de realización". Los créditos que sean amortizados regularmente serán anotados en el activo. Los dudosos serán estimados por el más bajo valor que cabe esperar de su cobro, hecha deducción de la pérdida que debe soportarse. Los créditos incobrables no tienen por qué aparecer en el balance.
XII) **Pérdidas en la emisión de obligaciones.** Explicando estas pérdidas, enseña Giancarlo Frá que casi siempre el precio de emisión de las obligaciones es inferior al de su reembolso. Se emiten obligaciones con un valor nominal de 100, pero que se colocan en el mercado a razón de sólo 95, por ejemplo, pero con la promesa de reembolsarles a su vencimiento por su valor nominal. Si la ley no regulase la situación derivada de esta diferencia, tendría ésta que imputarse a la cuenta ganancias y pérdidas y haceria incidir todo entera en el ejercicio en que la emisión haya tenido lugar. Para evitar esta injusta solución, el presente artículo preceptúa que la diferencia sea anotada en un asiento especial del activo para ser amortizada de acuerdo con un programa de amortización. La solución así adoptada, agrega nuestro autor, es absolutamente lógica desde el punto de vista económico en cuanto evita que aparezca una pérdida a continuación de una operación financiera. Por otra parte, se debe considerar que el premio, resultante de la diferencia entre la suma desembolsada por el suscritor de la obligación y la que él recibe al tiempo de su reembolso, compensa el menor interés que la sociedad ha esperado atribuir a la susodicha obligación. Bastaría en efecto, aumentar la tasa de los intereses para eliminar tal premio, asegurando igualmente una fácil colocación de la obligación a la par o sea por su valor nominal. El premio podrá, por consiguiente, considerarse, en lo que atañe a la situación patrimonial de la sociedad, como un mayor interés (siquiera no lo sea) que viene a corresponder al obligacionista en el momento del reembolso y por esto es justo el relativo gravamen, a igual de lo que representan los intereses anuales, subdivididos entre varios ejercicios al cabo de los cuales tendrá lugar el reembolso de las obligaciones de conformidad con el plan de amortización en el acto de su emisión.
XIII) **Desvalorización de la actividad mediante su anotación en el pasivo.** El Código prescribe la anotación de un fondo de amortización en el pasivo para los inmuebles, las instalaciones, las máquinas y los muebles. En cuanto a los otros bienes del activo cuyo valor debe ser anualmente reducido, como los derechos de patente, de utilización de las obras de ingenio, concesiones etc., puede la sociedad proveer una de dos: o reducir anualmente el valor inicial anotado para tales bienes en el balance, o anotar, en cambio, respecto de ellos, una partida en el pasivo que será aumentado poco a poco en varios ejercicios. Este mismo procedimiento puede adoptarse cuando se deba atribuir una desvalorización a un elemento del activo, como por ejemplo, en el caso de que el valor de los títulos poseídos por la sociedad se reduzca por debajo del valor con que figura en el balance, o cuando se deba desvalorizar los créditos que son de dudosa exigibilidad. Tal es el sistema al cual se refiere el penúltimo parágrafo del presente artículo.
XIV) **Derogación de las normas del presente artículo.** Preceptúa el in fine de nuestro artículo que **"Si razones especiales exigen una derogación de las normas de este artículo, los administradores y el colegio de síndicos deben indicar y justificar las derogaciones singulares en sus memorias a la asamblea.** Contempla en este caso la ley el delicado problema suscitado a las empresas por la desarticulación del sistema monetario, como el que experimentó el Paraguay a raíz de su guerra con Bolivia, al verse la Oficina de Cambios en la imposibilidad de reembolsar en sus ventanillas sus propios billetes al tipo de cambio del 18:75% por cada $ 1:00 m/n argentina, y dejar que esta moneda fuese cotizada en la bolsa negra a $ 90.00. Mas sin ir tan lejos, ahí más cerca de nosotros está la desvalorización que el **"Guaraní"**, nuevo signo monetario creado en octubre de 1943, sufrió en el decurso de algunos años. El **"Guaraní"** salió a la circulación con un valor de ₲ 3:12 por cada dollar de los EE.UU. Al cabo de algunos años, en 1961 un dollar americano no puede obtenerse en el mercado libre sino por ₲ 126. Siendo así, el empresario que en 1943 adquirió bienes con los guaraníes que le permitían comprar un dollar por ₲ 3:12, mal podría consignar en su balance de 1960, por ejemplo, esos bienes con el mismo valor de 1943, sin proceder a una adecuación de ese valor de compra a la desvalorización que nuestro signo monetario ha sufrido en el decurso de 18 años. Viene de aquí que la propia Dirección del Impuesto a la Renta autorice periódicas revaluaciones del activo de todas las empresas, porque sólo así podrían éstas constituir un proporcionado fondo de amortización. Además, la claridad del balance exige que el precio de costo de la actividad social se exprese en la moneda actual. (ver autor y opus cits. pág. 526 a 544).

Art. 1754. — Los gastos de instalación y de ampliación, que no encuentren contrapartida en la parte activa indicada en el art. 1.755, pueden extinguirse, con el consentimiento del colegio de síndicos, mediante amortizaciones anuales dentro de un período no superior a cinco años.

Salvo las disposiciones de leyes especiales, los criterios para la anotación en el balance de las cuotas activas y pasivas y de las liquidaciones activas y pasivas de la contabilidad, se deben concordar con el colegio de síndicos, el cual debe dar noticia de ello en su Memoria a la asamblea.

Ver: art. 2426 C. italiano; 72 inc. VII), del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Los gastos de la primera instalación son los ocasionados por la constitución de la sociedad, como por ejemplo los requeridos por el acto constitutivo (calculado en un 10 por mil del capital social en sellados de ley y otros 10 por mil de la misma suma en dinero para pagar los honorarios del Escribano); el importe de su publicación; los honorarios del abogado que redactó los Estatutos y el costo de la estampación de las acciones y demás papeles de la sociedad. Ninguno de estos gastos tiene valor de cambio y como tales no son suceptibles de valoración. No sería ni justo ni oportuno hacer que ellos inciden sobre el primer ejercicio, porque si tales gastos fuesen numerosos podrían hacer cerrar con pérdidas dicho ejercicio y comprometer así la posibilidad del desarrollo de la sociedad.
El único peligro que se ofrece en esta materia es que so color de gastos de instalación se anoten otros que

en propiedad no lo son, y que como tales tendrían que figurar en la cuenta de ganancias y pérdidas del ejercicio, o ser reunidos en otro lugar del activo
Nuestro artículo admite la licitud de la anotación de los gastos de instalación en el activo del balance y no obstante que ellos beneficiarán a la sociedad por todo el tiempo de su duración, preceptúa que sean amortizados en un corto plazo no superior a cinco años.
Los gastos de ampliación son los ocasionados por los estudios, investigaciones, experimentos o prestaciones profesionales que muchas veces deben ser soportados para aumentar los negocios de la empresa que en el curso de la vida de la sociedad son necesarios para el creciente desarrollo de su actividad.
Estos gastos son análogos a los de instalación en cuanto tampoco tienen un valor de cambio.
Los criterios para la anotación en el balance de las cuotas o gastos activos o pasivos, o sea, de los créditos que se cobrarán en ejercicios posteriores, o de los débitos referentes a uno o más ejercicios posteriores, deben ser concordados con el colegio de síndicos, el cual debe dar cuenta de ellos en su Memoria a la asamblea. (ver G. Fré, opus cit. pág. 544 a 546; y Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, pág. 500).

Art. 1755. — El valor de la "llave" sólo puede anotarse en el activo del balance cuando se ha pagado una suma por este concepto en la adquisición de una empresa comercial a la cual dicha "llave" se refiera y por una suma no superior al precio pagado.

El valor de la "llave" debe ser amortizado en los sucesivos ejercicios, según la prudente apreciación de los administradores y los síndicos.

Ver: art. 2427 C. italiano; 72 inc. V) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Se entiende por "llave" (avviamento, en italiano) el particular y mayor valor que por efecto de la actividad venturosa del empresario, adquiere el conjunto de los bienes de su organización, en comparación con la suma de los valores de los mismos singularmente considerados. (G. Fré, opus cit. pág. 547).
Ese mayor valor es suceptible de valuación, y esta ocurre con ocasión de la enajenación de una empresa comercial. La sociedad adquirente podrá anotarlo en el activo de su balance pero nunca por una suma superior al precio por él pagado. Su amortización es obligatoria en un tiempo fijado de acuerdo con la prudente apreciación de los administradores y los síndicos.

Art. 1756. — De las utilidades netas anuales se debe deducir una suma correspondiente a por lo menos la vigésima parte de ellas para constituir un fondo de reserva, hasta que éste alcance la quinta parte del capital social.

Si por cualquier razón resulta disminuído el fondo de reserva, debe ser reintegrado a tenor del parágrafo anterior.

Ver: art. 2428 C. italiano; 79 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 182 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.
La reserva legal a que se refiere el presente artículo mira a salvaguardar la integridad del capital social, no sólo en el interés de los socios, sino también de los acreedores de la sociedad. Giancarlo Fré la define como un suplemento de garantía que la ley ha querido asegurar a estos últimos al establecer una especie de trinchera en defensa del capital social, sobre el cual, de otro modo, incidirían inmediatamente las pérdidas. La reserva legal participa de la misma naturaleza del capital social, y es, si se quiere, un nuevo capital que obligatoriamente debe constituirse año por año mediante la contribución de los socios, obligados a renunciar a una parte de las utilidades de cada ejercicio.
La función asignada a la reserva legal permite resolver las dos principales cuestiones a que el instituto ha dado lugar, y es la de la posibilidad de disponer de dicha reserva en lo que exceda el monto establecido o sea un quinto del capital nominal, siquiera éste sólo haya sido integrado en parte, y también la cuestión de la posibilidad de extraer o retirar de ella antes que haya alcanzado o completado ese quinto del capital, la parte de utilidad que haya sido destinada a más de la impuesta por la ley o sea de la vigésima parte de las utilidades netas anuales.
La obligación de constituir la reserva legal debe entenderse cumplida cuando ella ha alcanzado a reunir el quinto del capital nominal de la sociedad. Nada impide, agrega nuestro autor, que el acto constitutivo provea la constitución de una reserva mayor que la legal, caso en el cual y por la parte excedente, la reserva será estatutaria, con la consecuencia de que los socios, por una modificación del acto constitutivo, podría disponer de dicho excedente, sin que los acreedores sociales puedan oponerse a ello.
Para determinar la utilidad neta de ejercicio debe deducirse de las utilidades brutas todos los gastos que han debido soportarse para su formación, incluso las cuotas de amortización que constituyen gastos de ejercicio.
El in fine de nuestro artículo, harto claro, no necesita explicación.

Art. 1757. — Los fondos para indemnización de antiguedad o de jubilación de los empleados deben ser separados gradualmente en medida adecuada, establecida por los administradores, cuando la sociedad no ha proveído a la constitución de cajas de previsión o de otras formas de aseguramiento.

Quedan a salvo las disposiciones de leyes especiales.

Ver: art. 2429 C. italiano. Los fondos para indemnización de antiguedad que las sociedades por acciones deben en adelante constituir de conformidad con el presente artículo son los que por el Código del Trabajo se deben al empleado por tiempo indeterminado en caso de cesación del contrato, en proporción a los años de servicio, salvo el caso de despido por su culpa o de dimisiones voluntarias, tal como lo preceptúa el art. 2120 del C. italiano. La jubilación de los dependientes materia es que debe ser igualmente contemplada en el Código del Trabajo.

Art. 1758. — Las sumas percibidas por las sociedades por la colocación de sus acciones por un precio superior a su valor nominal no pueden ser

distribuídas mientras la reserva legal no haya alcanzado el límite establecido por el art. 1756.

Ver: art. 2430 C. italiano.
Nuestro art. 1769 confiere a los accionistas de toda sociedad por acciones un derecho de opción a la compra de las acciones ordinarias de la nueva emisión, en proporción al número de acciones poseídas por ellos. No ejerciendo éstos su derecho de opción, la sociedad queda en libertad de ofrecerlas a los extraños, con un sobreprecio que, teóricamente, corresponde a la diferencia entre el valor actual efectivo de la cuota social y el monto inicial de esta cuota (valor nominal de la acción) pero que representa en realidad el equivalente de la ventaja de participación en una sociedad encaminada. El sobreprecio tiene por consiguiente el fin de igualar la suma pagada por los nuevos socios con el valor efectivo de la cuota social así aumentada.
Nuestro artículo considera que el sobreprecio constituye un aumento inmediato del patrimonio, que participa de la naturaleza del aporte efectuado por los socios, explicándose así la correlación establecida entre la suma percibida a título de sobreprecio y el íntegro monto constituído de la reserva legal. Si bien la sociedad no está obligada a imputar directamente la suma percibida a título de sobreprecio de las acciones a la reserva legal, debe considerarla en el mismo nivel que ésta. Si, pues, como ya se ha visto, una sociedad atribuye a la reserva legal una parte de sus utilidades netas anuales superiores al vigésimo de ellas, no puede después substraer tal mayor suma para disponer de ella de otro modo. Lo mismo ocurre con el sobreprecio de las acciones. Sea que la suma percibida por este concepto se destine directamente a aumentar la reserva legal, o que sea anotada en el pasivo, en un asiento especial, no podrá ser repartida entre los socios en tanto la reserva legal no haya alcanzado el monto del quinto del capital. (Ver: G. Fré, opus cit. pág. 554 a 556).

Art. 1759. — Las participaciones en las utilidades eventualmente correspondientes a los promotores, a los socios fundadores y a los administradores, se computan sobre las utilidades netas resultantes del balance, hecha deducción de las cuotas de reserva legal.

Ver: art. 2431 C. italiano.
La participación que en las utilidades pueden eventualmente corresponder a los promotores son las que ellos se reservaron por el acto constitutivo, independientemente de su calidad de socios, y por una suma no superior en su conjunto a la décima parte de las utilidades netas resultante del balance y por un período máximo de cinco años. La participación que en las utilidades pueden eventualmente corresponder a los administradores son las que a tenor del art. 1664 le son atribuídas en retribución de sus servicios. Esta participación debe ser computada sobre las utilidades netas que resten, hecha la deducción de la cuota que va a la reserva legal.
La aplicación del presente artículo a los administradores deben entenderse limitada, dice G. Fré, sólo a la participación en las utilidades atribuídas a todos los componentes del consejo de administración y no a las atribuídas a los administradores investidos de particular encargo, como remuneración de la especial actividad requerida por sus funciones y mucho menos a la participación en las utilidades que por un título distinto del que corresponda al consejo de administración se establezca en favor de uno de sus miembros. (autor y opus cits. pág. 556 a 557).

Art. 1760. — El balance debe ser comunicado por los administradores al colegio de síndicos, con la Memoria y los documentos justificativos, por lo menos treinta días antes del fijado para la celebración de la asamblea que debe discutirlo. El colegio de síndicos debe dar cuenta a la asamblea de los resultados del ejercicio social y de la forma de llevar la contabilidad, y formular las observaciones y las propuestas relativas al balance y a su aprobación.

Una copia del balance debe quedar depositada juntamente con las Memorias de los administradores y los síndicos, en la sede de la sociedad durante los quince días precedentes a la fecha de la reunión de la asamblea, hasta su aprobación. Los socios pueden pedir su comunicación.

Ver: art. 2432 C. italiano; 176, 178 y 179 del C de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 361 y 362 de nuestro C. de comercio; 76 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Dado que la misión conferida por este Código al colegio de síndicos de ejercer de cerca y durante todo el ejercicio su actividad supervisora de la actuación de los administradores, se comprenderá que, aun limitado dicho colegio a declarar al pie de los balances que todo es regular en ellos, si tal les parece que lo sean, no se excluye la posibilidad de que entre el colegio de síndicos y los administradores surjan discrepancias sobre la forma de redactar los balances, o que examinando sucesivamente el balance que los administradores deben comunicarle, encuentre motivo de observaciones reservadas para ser ventiladas el día de la asamblea. En esta ocasión podrá el colegio de síndicos proponer directamente a la asamblea el rechazo del balance.
Como el balance no puede ser examinado en la reunión de la asamblea, estatuye nuestro artículo la obligación de depositar su copia, juntamente con las Memorias de los administradores y los síndicos, en la sede de la sociedad durante los quince días precedentes a la fecha de la reunión de la asamblea, y que allí permanezca hasta su aprobación. En esos quince días podrán los socios imponerse del balance para poderlo aprobar o desechar.

Art. 1761. — La asamblea que aprueba el balance decide la distribución de las utilidades a los socios.

No se pueden pagar dividendos sobre las acciones, sino por utilidades realmente obtenidas y resultantes del balance regularmente aprobado.

Si se verifica una pérdida del capital social, no puede darse lugar a distribución de utilidades mientras el capital no sea reintegrado o reducido en la medida correspondiente.

Los dividendos distribuidos en violación de las disposiciones del presente artículo no son repetibles, si los socios los han cobrado sobre la base del balance regularmente aprobado, del que resulten utlidades netas correspondientes.

Ver: art. 2433 C. italiano; 77 y 80 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades

Siendo la asamblea la autoridad soberana de la sociedad, su facultad relativa al examen del balance no se limita a la alternativa de aprobarlo o rechazarlo, sino que además comprende la facultad de pedir que los libros y los documentos sean traídos a su presencia para analizarlos, sin que los administradores puedan oponerle el secreto de ellos, pues, para la asamblea no puede ni debe haberlo. No le será necesario a la asamblea invocar fundadas sospechas de graves irregularidades, como en el caso de nuestro art. 1737, porque para exigir la exhibición inmediata de los libros y la comunicación de los documentos, le basta el imperio de su voluntad.

No poco es lo que la doctrina ha debatido el valor jurídico del balance y la naturaleza de la relativa aprobación de la asamblea. Refiriéndose Giancarlo Fré a la controversia suscitada por ambas cuestiones, reduce a tres las conclusiones de los autores, no sin advertir la dificultad ofrecida a la comprensión de cada una de ellas a causa del significado no siempre igual atribuído por sus expositores a los vocablos por ellos empleados para traducir su pensamiento.

Ellas son las siguientes:

a) la de Ascarelli, según el cual la aprobación por la asamblea constituye un negocio de verificación y confirmación del balance (y por consiguiente una declaración de voluntad) y contemporáneamente un acto de disposición porque ella mediante se provee a la distribución de las utilidades (in Appunti, t. II, pág. 261);

b) la de Candian, según el cual el balance aprobado es una declaración de conocimiento cierto de la verdad (scienza) y no constituye un acto dispositivo porque la aprobación de la asamblea, en lo que atañe a la devolución de las utilidades, es sólo contexto de la aprobación, de la que no obstante se diferencia en cuanto no constituye un elemento específico de su formación (autor cit., **Nullità e annullabilità di delibere**, pág. 28 y ss.); y

c) la de Messineo, según el cual el balance aprobado no es una declaración de voluntad dispositiva, sino sencillamente una declaración reproductiva en cuanto enuncia una situación patrimonial existente fuera de ella y por otra parte una declaración de conocimiento cierto de la verdad (scienza) destituída de función confirmatoria, pero que puede constituir solamente un elemento de prueba (autor cit. in **Valore giuridico del bilancio di soc. per az. e delle registrazioni nei libri sociali**, reproducido en **Studi di diritto delle società**, pág. 89).

La importancia de optar por una u otra de estas tesis se revela de modo preeminente respecto al problema del valor que debe atribuirse a la mención de una deuda en el balance, y ésto en relación a la cuestión de saber si tal mención debe considerarse del mismo modo como reconocimiento de dicha deuda.

Juzga nuestro autor que si se adoptase la primera tesis la solución sería afirmativa, porque según ella el negocio de verificación y confirmación del balance es una declaración de voluntad implícita en la asunción de una obligación, o, si se quiere la eliminación de posibles controversias en relación a la deuda y a los derechos derivados de una determinada situación. Mas si se adoptase la segunda y tercera tesis, se ofrecerían decisivos argumentos a favor de la solución negativa. Excluído, en efecto, agrega nuestro autor, que el balance aprobado constituye una declaración de voluntad y admitido en cambio que sea una declaración de conocimiento cierto de la verdad, se tiene, como consecuencia, que la mención de una deuda de la sociedad que en el mismo se encuentra no puede tener otro valor que el de una prueba de la existencia o de la pretendida existencia de dicha deuda. En otros términos, se afirma así la existencia de una situación, que no perjudica el derecho de la sociedad de sostener, valida de otra prueba, o seguir sosteniendo, si la deuda fuese ya discutida, su invalidez. Ningún administrar, ninguna asamblea se aventuraría a mencionar una deuda en el balance de la sociedad por temor a que se le oponga que de este modo ha reconocido su existencia.

Giancarlo Fré se adhiere a la tesis según la cual la aprobación del balance no constituye un acto de disposición, ni aun en lo que atañe a la devolución de las utilidades, porque, como ya se ha dicho, la deliberación relativa a ella es en realidad consubstancial con la aprobación, sin modificar su naturaleza. Viniendo nuestro autor a tratar de los límites de los poderes de la asamblea sobre la aprobación del balance, concluye que dadas las dos exigencias contradictorias de reforzar cada vez más el capital social, de parte de las mayorías, y de obtener las más altas utilidades, de parte de las minorías, es de cargo del intérprete resolver la cuestión más delicada surgida de esa contraposición de intereses, cual es la de establecer hasta qué punto la asamblea que aprueba el balance puede limitar el derecho de las minorías a la obtención del reparto periódico de las utilidades.

Dado lo estatuído por el presente artículo, según el cual la asamblea que apruebe el balance decide de la disribución de las utilidades a los socios, regla que no es sino la aplicación a las sociedades por acciones de lo dispuesto por nuestro art. 1588, por el que se dispone que "salvo pacto en contrario, cada socio (de la sociedad simple) tiene derecho a percibir su parte de utilidades después de aprobada la rendición de cuentas, siquiera restringido en el presente caso por la prohibición de pagar dividendos sobre las acciones si no es con utilidades realmente obtenidas y resultantes del balance regularmente aprobado, surge la cuestión de saber si puede la asamblea, por una excesiva desvaluación de determinados elementos del activo o por la sobreestimación de los elementos del pasivo, eliminar las utilidades realizadas en el ejercicio y frustrar de esta suerte el derecho de los socios de obtener su reparto? En otros términos, ¿es admisible o no la constitución de reservas ocultas?

La doctrina es fluctuante en su contestación a esta pregunta. Una parte de ella niega la legitimidad de la formación de reservas ocultas, en cuanto éstas sólo pueden constituirse por el aumento excesivo de los recursos destinados a prever las desvalorizaciones con transgresión del principio de la precisión del balance, de donde viene que sus expositores la tengan por ilícita. Se duda que el precepto de la precisión pueda ser utilizado en materia harto discutible como es la de la valuación del activo, cuando lo único que puede sostenerse es que lo que la ley prohibe es que se atribuya a los bienes del activo un valor superior al efectivo, según así se infiere del art. 1753 por el que se fija un límite máximo a las valuaciones, pero sin preocuparse de que se lo fije por debajo de este término.

Otra parte de la doctrina formada bajo el imperio del Código de comercio de 1882 enseña, no sin poner en evidencia sus dudas acerca de semejante solución, la posibilidad de admitir a los accionistas a demos-

trar que la asamblea, excediendo manifiestamente los límites dentro de los cuales se puede explicar las divergencias de valuación de las condiciones del patrimonio social, y pasando de allí a un campo distinto de la evaluación, se valga de la facultad de estimar el mismo patrimonio para retener utilidades que de otro modo serían distribuídas.
Nuestro autor encuentra que esta construcción es más correcta en cuanto esté animada de una intuitiva referencia al concepto del abuso del poder, elaborado por la ciencia del Derecho público, que puede ser tomado en préstamo por el derecho de la sociedad con ventaja de la claridad del sistema. Y agrega que bajo el perfil del ejercicio abusivo del poder puede la cuestión que nos ocupa encontrar su solución.
Se puede evidenciar que el poder conferido a la asamblea en materia de evaluación de los elementos patrimoniales de la sociedad le son reconocidos en tanto lo ejerza en interés de la sociedad. Se trata, por consiguiente, en concreto, de establecer si, al aprobar determinada evaluación que reduzca o elimine las utilidades de ejercicio, la asamblea ha hecho cosa contraria a los intereses de la sociedad. No se puede decir que en esta hipótesis subsista una violación de la ley sólo porque del balance no resulte con precisión la situación patrimonial de la sociedad y las utilidades por ella conseguidas. Para nuestro autor, se puede hablar de violación de la ley sólo en el caso en que se exceda la evaluación, pero no cuando se exagere en prudencia. Habrá ejercicio abusivo de poder o violación de la ley sólo cuando la d e c i s i ó n de la asamblea haya sido inspirada, no ya en el interés de la sociedad sino en interés de la mayoría. Dado que el interés de la sociedad se c o n f u n d e con el interés de todos los socios, podrá r e c o n o c e r s e el abuso de poder cuando la mayoría tome en su exclusivo interés una decisión que esté en contraste con el interés de la minoría. En consecuencia, el socio singular podrá impugnar, de conformidad con nuestro art. 1705, la decisión que aprueba el balance, demostrando que ésta ha sido tomada contra su interés, lo que equivale a decir que con tal decisión se viola la ley. Indudable es que la confirmación del exceso de poder requiere un examen de mérito, sea para descubrir un vicio que no es de mérito, en cuanto el fin perseguido con tal indagación será el de establecer que el acto — esto es la decisión de la asamblea — no ha sido determinada por la tutela del interés social, o — que el mismo acto — constituye una violación de la regla que confiere determinados poderes a la asamblea para que ella pueda servir ese interés.
El exceso de poder encuentra su límite en la evidencia inmediata y en concreto, del vicio. La impugnación de la decisión de la asamblea será acogida sólo cuando la devaluación de los elementos del activo y la sobreestimación de los elementos del pasivo, no encuentran absolutamente justificación ni aun siguiendo el criterio de la más circunspecta prudencia y que en cambio se encuentren que tales destrezas han sido adoptadas contra el interés social.
Viniendo ahora nuestro autor a tratar del derecho del socio a obtener la distribución de utilidades, enseña que siendo la participación periódica del socio en las utilidades un derecho particular suyo, no puede ser privado de este derecho por una modificación del acto constitutivo, y menos por una decisión de la asamblea ordinaria que aprueba el balance por la cual se establezca que no deben repartirse las utilidades. La asamblea podrá reglamentar la repartición de utilidades, pero no podrá suprimir el derecho de los socios a obtener la repartición periódica de las utilidades.
Tocante a la prohibición de repartir utilidades en caso de pérdidas, dice G. Fré que ella mira claramente a asegurar la integridad del capital social.
La no repetición de los dividendos distribuídos en violación del presente artículo importa su convalidación que la ley subordina a dos requisitos: 1º) que sean utilidades netas resultantes de un balance regularmente aprobado y 2º) que el socio los haya cobrado de buena fe.
En qué consiste esta buena fe, asunto es que permite preguntar si bastará que el socio haya estado, al tiempo de percibir las utilidades, en la convicción de que ellas existían efectivamente, o si bastará que haya ignorado que las utilidades no habían sido realmente obtenidas? Juzga nuestro autor que esta última solución es la que corresponde al espíritu de la ley según la cual los dividendos son repetibles sólo cuando hayan sido percibidos de mala fe conociendo que no existían utilidades. (ver autor y opus cits. pág. 561 a 574).

Art. 1762. — La aprobación del balance por la asamblea no importa liberación de los administradores, de los directores generales y de los síndicos de las responsabilidades en que hayan incurrido en la gestión social.

Ver: art. 2434 C. italiano; 82 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Debatida en Italia bajo la vigencia de su Código de comercio de 1882 la cuestión de saber si la aprobación del balance importaba la aprobación de la gestión de sus administradores, fue sostenida la afirmativa por más de un autorizado expositor de la doctrina (Vivante, Trattato, Nº 580; Merchieri, Societá, Nº 506 in G. Fré, opus cit. nota 1, pág. 575).
Mas otra corriente doctrinal logró abrirse paso e imponerse al enseñar que no existiendo conexión necesaria entre la aprobación del balance y la aprobación de la gestión de los administradores, quedó establecido que la aprobación del balance no lleva implícito el descargo de los administradores, sino sólo el reconocimiento de la asamblea de no haber encontrado motivo de hacerle ninguna reconvención relativa a su gestión de acuerdo con los documentos presentados y los informes orales y escritos. (De Gregorio Bilanci delle societá anónima, pág. 132 y ss.; in G. Fré, opus i pág. cits.).
Explícase así que acogida esta doctrina en la compilación del Código italiano de 1942, la consagre su art. 2134, de suerte que siendo así, los administradores y síndicos que quieran liberarse de toda responsabilidad por sus gestiones deben impetrar de la asamblea la declaración par la cual se les exonere de responsabilidad por su gestión de tal cual ejercicio, y dada con ocasión de la aprobación del balance correspondiente.
No sería válido el descargo de responsabilidad por la gestión futura de los administradores y síndicos.
Y para la validez de la decisión de la asamblea que los libere de responsabilidad será menester que no concurran los votos desfavorables de socios que representen por lo menos el quinto del capital social, como lo estatuye nuestro art. 1721 in fine. (ver: G. Fré, opus cit. pág. 575).

Art. 1763. — Dentro de los treinta días computados desde la aprobación del balance, deben los administradores depositar su copia en el registro de las empresas, acompañada de su Memoria y de la Memoria de los síndicos y un testimonio fehaciente del acta de la asamblea.

Ver: art. 2435 C. italiano; 180 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

CAPITULO X

De las modificaciones del acto constitutivo

Art. 1764. — Las decisiones de la asamblea que importen modificaciones del acto constitutivo deben ser depositadas e inscritas a tenor de los parágrafos primero, segundo y tercero del art. 1739.

Las modificaciones del acto constitutivo, mientras no sean inscritas, no pueden ser opuestas a los terceros, a menos que se pruebe que éstos tenía conocimiento de ellas.

Ver: art. 2436 C. italiano; 96 y 100 del C. de comercio italiano de 1882; 7, 8, 9 y 100 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades.
Halla este artículo su fundamento en lo que se ha dicho acerca de la naturaleza jurídica del acto constitutivo y del sistema mayoritario sobre el cual descansa la disciplina de la sociedad por acciones.

Art. 1765. — Los socios que disientan de las decisiones referentes al cambio del objeto o del tipo de sociedad, o a la transferencia de la sede social al extranjero, tienen derecho a separarse de la sociedad y a obtener el reembolso de las propias acciones, según el precio medio del último semestre, si éstas son cotizadas en la Bolsa, o, en caso contrario, en proporción al patrimonio social resultante del balance del último ejercicio.

La declaración de separación se debe comunicar por carta certificada de los socios asistentes a la asamblea dirigida a ésta, dentro de los tres días siguientes a su clausura, y por los socios que, no obstante de no haber participado en ella, resuelvan igualmente separarse de la sociedad, por carta también certificada dirigida a la misma asamblea dentro de los quince días de la fecha de la inscripción de la respectiva deliberación en el registro de las empresas.

Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio.

Ver. art. 2437 C. italiano; 158 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 354 inc. 6º y 7º y parágrafos 3º y 4º de nuestro C. de comercio.
367 inc. VI), 376 parág. 3º y 377 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Las transformaciones substanciales del acto constitutivo son de la competencia exclusiva de la asamblea extraordinaria, cuyas decisiones requieren, para su validez, el voto favorable de socios que representen la mitad más uno del capital social o sea mayoría absoluta o calificada, como también se la llama, según así lo preceptúa nuestro art. 1696, salvo que el acto constitutivo exija una mayoría más elevada.
La sociedad por acciones puede transformarse, para asumir un tipo diverso del originario, en colectiva, o en comandita por acciones, o en sociedad de responsabilidad limitada. Como observa Messineo, esta transformación no importa la creación de un nuevo sujeto de derechos llamado a ocupar el lugar del anterior, ni que exista sucesión. La sociedad transformada en otra, conserva los derechos y las obligaciones anteriores a la transformación. Tan grave y delicada operación sólo puede ser llevada a cabo por modificación del acto constitutivo y de ahí la necesidad de las mayorías exigidas por los arts. 1696 y 1697 (autor y opus cits. parág. 153, Nº 13, pág. 556).
La modificación del objeto social exige las mismas mayorías que la transformación de la sociedad en otra de tipo diferente.

Regidas las sociedades por acciones por el principio de la mayoría, como expresión de la voluntad colectiva, obligatoria para todos los socios, la minoría debe hallanarse a lo decidido por la mayoría. Mas, a tenor del presente artículo, sólo cuando la modificación concierne al objeto social, o al tipo de sociedad, o al traslado de la sede de la sociedad al extranjero, el socio disidente o el ausente tiene derecho a separarse de la sociedad. Y dado que no existe paralelismo entre el parágrafo 1º del presente artículo y el parágrafo 4º del art. 1694, en el que se mencionan además la disolución anticipada y la emisión de acciones privilegiadas subordinadas a la aprobación de la misma mayoría, evidente es que no mencionándose estos dos casos en el parágrafo 1º del presente artículo, los disidentes y los ausentes no tienen en tales casos derecho de apartarse de la sociedad.

La limitación de los casos de separación en la sociedad por acciones mira a evitar que por la sola disidencia de socios de minoría se detenga fácilmente la vida de la sociedad o se la ponga en estado de crisis, desde que la separación es una disolución parcial anticipada.
Aprobada la separación, el socio tiene derecho al reembolso de sus propias acciones, según el precio medio del último semestre, si éstas se cotizan en la Bolsa y en su defecto, en proporción al patrimonio social resultante del balance aprobado del último ejercicio.
Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio.
No siendo de orden público que el vínculo social no pueda cesar, ilimitadamente a un socio, nada obsta a que por el acto constitutivo se estatuya la emisión de la separación convencional limitada a un socio, pero sin otro derecho que al reembolso en dinero de sus acciones.
Dada la impersonalidad de la sociedad por acciones no se admite en ella la exclusión de un socio, que sólo es propia de las sociedades personales; ni tampoco la oposición de un tercero a las modificaciones del acto constitutivo. Sólo existe el efecto negativo de la falta de inscripción en el registro de las empresas de la deliberación d la asambla modificatoria del acto constitutivo, en cuanto por tal omisión no puede ella ser opuesta a terceros. (ver Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, Nº 56, pág. 507 y ss.; G. Fré, opus cit. pág. 587 a 602; Grandi, opus cit. Nº 993, pág. 672).

Art. 1766. — No se puede emitir nuevas acciones mientras las emitidas no hayan sido enteramente liberadas.

Ver: art. 2438 C. italiano; 131 C. de comercio italiano de 1882; 245 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.

Art. 1767. — Los sucritores de las acciones de la nueva emisión deben, en el acto de la suscripción, pagar por lo menos los tres décimos del valor nominal de las acciones suscritas. Si el aumento del capital no es suscrito íntegramente en el término previsto por la resolución de la asamblea, los suscritores no quedan liberados de la obligación que contrajeron, a menos que la asamblea haya dispuesto otra cosa.

Ver: art. 2439 C. italiano; 246 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.

Art. 1768. — Si el aumento de capital tiene lugar por aportación en especie, se aplican las disposiciones de los arts. 1578 y 1671.

Si el aumento de capital tiene lugar por aportación de créditos, se aplica el art. 1579.

Ver: art. 2440 C. italiano; 244 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.

Art. 1769. — Las acciones ordinarias de la nueva emisión deben ser ofrecidas en opción a los accionistas, en proporción al número de las acciones poseídas por ellos, salvo que por decisión de la asamblea deban ser liberadas en todo o en parte por aportaciones en especie.

Para el ejercicio del derecho de opción se debe conceder a los accionistas un plazo no inferior a quince días desde que hayan recibido la oferta hecha por carta certificada con recibo de retorno.

Si el interés de la sociedad lo exije, el derecho de opción puede ser excluído o limitado con la aprobación del aumento de capital resuelto por un número de socios que represente más de la mitad del capital de la sociedad. aun cuando la decisión haya sido tomada en asamblea de segunda convocatoria.

Por resolución de la asamblea tomada por la mayoría exigida para las asambleas extraordinaris de los arts. 1696 y 1697 se puede excluir el derecho de opción limitadamente a una cuarta parte de las acciones de la nueva emisión, si éstas son ofrecidas en suscripción a los dependientes de la sociedad. Una exclusión superior a la cuarta parte debe ser aprobada por la mayoría prescrita en el parágrafo anterior.

Ver: art. 2441 C. italiano; 250 y 254 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; sin antecedente en nuestro C. de comercio.

Art. 1770. — La asamblea puede aumentar el capital por la transferencia a la cuenta capital de la parte disponible de las reservas y de los fondos especiales anotados en el balance.

En este caso las acciones de la nueva emisión deben tener las mismas características de las acciones que están en circulación y deben ser asignadas gratuitamente a los accionistas en proporción a las ya poseídas por ellos.

El aumento del capital puede también llevarse a cabo por aumento del valor nominal de las acciones que están en circulación.

Ver: art. 2442 C. italiano; 242 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, sobre capitalización de las reservas; y art. 256 del mismo Anteproyecto sobre aumento del Cápital por acrecentamiento del valor de las acciones.

Art. 1771. — El acto constitutivo puede conferir a los administradores la facultad de aumentar en una o más veces el capital mediante emisión de acciones ordinarias hasta un monto determinado, por el período máximo

de un año desde la fecha de la inscripción de la sociedad en el registr las empresas.

Tal facultad puede también ser atribuída mediante modificación del constitutivo durante la vida de la sociedad, por el período máximo d año desde la fecha de la resolución de la asamblea.

La decisión de los administradores de aumentar el capital se debe c sitar e inscribir de conformidad con el art. 1764.

Ver: art. 2443 C. italiano; 238 y 240 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1772. — Dentro de los treinta días siguientes a la suscripció las acciones de la nueva emisión, los administradores deben depositar pa inscripción en el registro de las empresas una declaración de que el mento del capital se ha realizado.

Mientras la inscripción en el registro no haya tenido lugar, el au to del capital no puede ser mencionado en los actos de la sociedad

---

Ver: art. 2444 del C. italiano.

En lo que sigue pasamos a tratar de los siete artículos precedentes.

El aumento de capital de una sociedad por acciones importa siempre una modificación del acto c tivo aprobada por mayoría absoluta de una asamblea extraordinaria, salvo el caso previsto en e 1771 de una autorización estatutaria a los administradores a aumentar en una o más veces el mediante la emisión de acciones ordinarias hasta un monto determinado.

El art. 1766 como su fuente, por el que se prohibe emitir nuevas acciones en tanto las emitid hayan sido enteramente liberadas, mira a salvaguardar el capital. Justificando esta norma se ha dich si se pudiera aumentar el capital sin antes haber reclamado todos los décimos de la primera e se daría a los administradores el medio de hacer especulaciones mediante una emisión nueva permitiría descuidar la reclamación de dichos décimos (De Gregorio, in Messineo, t. V, parág. 15 58, pág. 518).

Criticada por Giancarlo Fré esta justificación, observa que nuestro artículo impide que una socieda acciones cuyo capital sólo se ha integrado en parte adquiera un nuevo establecimiento que el prop estuviese dispuesto a transferirle, por falta matrial de dinero y la imposibilidad de procurarselo r emisión de nuevas acciones.

La verdad es que esta objeción no es tan tajante que se diga, porque como nuestro propio aut sugiere más adelante, la sociedad que no tuviese todas sus acciones liberadas, bien podría decidi voto de una asamblea extraordinaria la reducción de su capital al monto ya integrado, para quedar litada a lanzar a la circulación una nueva emisión de acciones. (ver autor y opus cits. pág. 604 y

La suscripción de las acciones de la nueva emisión contemplada en nuestro art. 1762 constituye los socios que hacen uso de su derecho de opción un negocio de aportación, y para los que n soncios un negocio de adhesión, y unos y otros quedan sujetos a la reclamación de los décimos, los fundadores.

Como no se trata de constituir un sujeto colectivo nuevo, sino aumentar el capital de uno ya exi nuestro art. 1767 prevé la hipótesis de que el aumento de capital no llegue a cubrirse por e supuesto en el cual, el aumento vale por el monto alcanzado, y los suscritores no quedan libe de suscribir ya asumida.

Puede empero la asamblea que decidió el aumento de capital estatuir que no teniendo lugar la suscr integral, el aumento de capital sea ineficaz y que los suscritores queden liberados.

El aumento de capital puede tener lugar por aportaciones en dinero, como por aportaciones en espe en créditos, hecha la estimación de ellos. Todo depende de que la sociedad emisora de las nuevas ac admita el pago de su valor por transferencia de un negocio o de cualquier otro bien valuabl dinero. (Messineo, t. V, parág. 152, pág. 516).

Nuestro art. 1772 se explica por sí mismo.

El derecho de opción a que se refiere nuestro art. 1769 es personal y exclusivo y consiste en el poder, que una prelación, de suscribirse a nueves acciones; sólo que en caso de no ser ejercido en tiempo, pierde y, en ciertas condicions puede ser ejercido por otro.

Este derecho tiene un valor en sí y una cotización. Puede ser enajenado, de modo que el adquirente a ejercer el derecho en subrogación del enajenante.

El derecho de opción no siempre corresponde al accionista o persona sustituída a él.

La primera excepción se halla establecida en el parágrafo 1º de nuestro art. 1768, según el cual, si la blea decide que las nueves acciones hayan de ser, en todo o en parte, liberades por aportaciones en especie, por ejemplo determinados bienes raíces, que la sociedad haya de recibir a título de aumento del ca los viejos accionistas, no poseedores de dichos bienes, quedarían destituídos del derecho de opción.

La segunda excepción tiene lugar por aplicación del parágrafo 4º del artículo 1769 si la asamblea las nuevas acciones en suscripción a los dependientes de la sociedad, pero en esta hipótesis la excl será limitada a sólo una cuarta parte de las acciones de la nueva emisión.

La tercera excepción es la estatuida por el parágrafo 3º del artículo 1769 el cual si el interés d sociedad lo exije, el derecho de opción puede ser excluído o limitado con la aprobación del capital re por un número de socios que represente más de la mitad del capital de la sociedad, aun cuando la de haya sido tomada en segunda convocatoria.

Una última excepción al derecho de opción es la que tiene lugar por aplicación de nuestro art. 1678, contempla un caso de emitión de acciones no ordinarias, sino especiales. (ver Messineo, t. V, parág. pág. 514 y ss.).

Por nuestro art. 1770 se contempla la hipótesis de un aumento meramente nominal del capital, porqu corresponde a un aumento del patrimonio de la sociedad, pues, se resuelve por la imputación a capita la parte disponible de las reservas y de los fondos especiales anotados en el balance.

La reserva disponible no es la reserva legal, de que no puede disponerse, ni la reserva estatuaria, sin facultativa que es aquella que la asamblea puede reunir anualmente, con ocasión de la aprobación balance.

Los fondos especiales de que trata nuestro artículo son aquellos que representan un aumento del patrir de la sociedad, constituído mediante reservas voluntariamnte formadas con criterio prudencial.

El aumento de capital puede llevarse a cabo en este caso sea por simple aumento del valor nominal d acciones en circulación o por acciones de nueva emisión, caso este último en que las acciones deben las mismas características de las que están en circulación y ser gratuitamente repartidas a los accio en proporción a las ya poseídas. (Ver G. Fré, opus cit. pág. 622 y ss.).

Nuestro art. 1771 estatuye que el acto constitutivo puede conferir a los administradores la facultad de aumentar en una o más veces el capital mediante la emisión de acciones ordinarias hasta un monto determinado, por el periodo máximo de un año desde la fecha de la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas.
Así, podría establecerse por el acto constitutivo un capital autorizado de hasta cinco veces superior al monto del capital suscrito inicial, como reza el art. 239 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, caso en el cual, la asamblea general ordinaria de accionistas podría disponer las emisiones que considere de interés dentro de la cantidad autorizada. Nuestro artículo limita el aumento autorizado del capital a solo una o más veces el capital inicial, y dentro del año computado desde la inscripción de la sociedad en el registro de las empresas. Estas limitaciones miran a tutelar a la minoría que, de ser ilimitada la facultad de la asamblea de emitir acciones para el aumento del capital en cualquier tiempo, quedaría a merced de la mayoría y constreñida a venderle sus acciones.
Lo estatuido por nuestro art. 1772 tutela la buena fe de los acreedores sociales y de los terceros en general contra cualquier engaño de que podrían ser víctimas de parte de administradores poco escrupulosos que al inscribir la suscripción de las nuevas acciones en el registro de las empresas mencionasen en actos de la sociedad el aumento del capital con la intención de inducir a engaño a los terceros. (ver G. Fré, opus cit. pág. 627).

Art. 1773. — La reducción del capital que fuere excesivo para la obtención del objeto de la sociedad, puede tener lugar ya sea mediante liberación de los socios de la obligación de sus cuotas adeudadas, ya sea mediante reembolso del capital de los socios, dentro de los límites admitidos por los arts. 1655 y 1740.

La resolución puede ser tomada sólo después de los tres meses computados desde la fecha de la inscripción en el registro de las empresas, siempre que, dentro de este plazo, ningún acreedor social anterior a la inscripción haya formulado su oposición.

El juez, no obstante la oposición, puede disponer que la reducción tenga lugar, previa prestación por la sociedad de una garantía idónea.

Ver: art. 2445 C. italiano; 101 C. de comercio italiano de 1882; 267 inc. I) y 268 parágrafo 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
No es imposible que en relación al volumen normal y permanente de los negocios de una sociedad por acciones, resulte su capital excesivo, más allá de la medida exigida por la realización de su actividad social. En consideración a esta hipótesis estatuye nuestro artículo que, por decisión de una asamblea extraordinaria especialmente convocada para considerar la eventual reducción del capital, proceda la sociedad a disminuir o minorar el capital a los justos límites evaluados por la asamblea en considerar a los hechos concretos resultantes de los balances y demás documentos de la contabilidad. No bastará que la asamblea crea simplemente que el capital es excesivo, sino que será menester que esto resulte de los hechos concretos invocados en fundamento de su resolución.
La disminución así resuelta puede tener lugar por dos procedimientos: o por liberación de los socios de su obligación de pagar las cuotas que adeudan por las acciones a que se suscribieron; o por reembolso del capital dentro de los límites admitidos por los arts. 1655 y 1740.
En esto consiste la reducción voluntaria del capital.

Art. 1774. — Cuando resulte que el capital ha quedado disminuído en más de un tercio a consecuencia de pérdidas, los administradores deben convocar sin tardanza a la asamblea para dictar las oportunas providencias. A consideración de la asamblea se debe someter un informe relativo a la situación patrimonial de la sociedad, con las observaciones del colegio de síndicos. Copias de estos documentos deben quedar depositadas en la sociedad durante los ocho días que precedan a la reunión de la asamblea para que los socios puedan examinarlos.

Si dentro del ejercicio siguiente no disminuye por lo menos en un tercio la pérdida, la asamblea convocada para aprobar el balance de ese ejercicio procederá a la reducción del capital en proporción a las pérdidas comprobadas. En su defecto, los administradores y los síndicos deben pedir al Juez que decrete la reducción del capital en razón de las pérdidas arrojadas por el balance. El juez, oído que sea el Ministerio Público, proveerá en juicio breve y sumario la reducción solicitada, la cual debe ser inscrita en el registro de las empresas. La resolución recaída será apelable ante el superior dentro de los treinta días computados desde su inscripción.

Ver: art. 2446 C. italiano; 106 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 267 inc. II) 270 y 273 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades;
Esquematizando Giancarlo Fré la hipótesis contemplada en la fuente de nuestro artículo se expresa así: una sociedad ha sufrido pérdidas: hasta que ésta haya sido absorbida por las reserves, ella se evidenciará a través de la reducción o la desaparición de la cifra indicativa de la reserva en el balance: si, por el contrario, el monto de la pérdida supera el de la reserva, se menoscabaría el capital, lo que significa que la cifra en la cual se expresa el valor general del patrimonio ha descendido por debajo de la que indica el monto del capital.
Ahora, podría ocurrir que en esta última hipótesis la pérdida no sea de tal medida que haga obligatoria la reducción del capital, es decir que no supere el tercio de su monto. En este caso, la pérdida podrá

ser puesta en evidencia en el balance, en el cual el capital social aparecerá todavía por su íntegro monto. Desde este momento no podrá repartirse utilidades entre los socios hasta que el capital no sea reintegrado o reducido en la medida correspondiente a la pérdida, como lo preceptúa el art. 1761. De este sistema sólo podrá hacerse uso cuando la pérdida no sea muy grande y sobre todo si existe la fundada esperanza de verla eliminada en un porvenir más o menos próximo.
Mas cuando no se aliente esta esperanza, podrá mejorarse la situación recurriendo voluntariamente a la correspondiente reducción del capital a que se refiere el art. 1761. Esta será obligatoria así como las pérdidas superen en más de un tercio el monto del capital, y determinen una disminución del patrimonio social.
Los administradores deben convocar sin tardanza la asamblea extraordinaria para que ella dicte las providencias que juzgue oportunas a la vista del informe con que los administradores deben ilustrarla. Copia de este documento y de las observaciones del colegio de síndicos deben quedar depositadas en la sede social durante los ocho días que precedan al día de la reunión de asamblea. Esta declarará la existencia de la pérdida y dispondrá el transpaso de las reservas a la cuenta capital, o la reintegración del capital por nuevos aportes.
Si dentro del ejercicio siguiente a aquel en que la pérdida se ha producido, ésta no resulta disminuida por lo menos en un tercio, la asamblea llamada a aprobar el balance debe disminuir el capital en razón de las pérdidas resultantes del balance. En su defecto, proveerá el juez a petición de los administradores y los síndicos. El juez proveerá con audiencia del Ministerio Público en juicio breve y sumario la reducción del capital en proporción a las pérdidas. (Messineo, opus cit. t. V, parág. 152, pág. 511; G. Fré, opus cit. pág. 629 a 644).

Art. 1775. — Si por la pérdida de más de un tercio del capital, éste se reduce por debajo del mínimo establecido en el art. 1655, los administradores deben convocar sin tardanza la asamblea para resolver la reducción del capital y su simultáneo aumento a una cifra no inferior a dicho mínimo, o la transformación de la sociedad.

Ver: art. 2447 C. italiano; inc. II) y 270 parág 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Como bien dice Giancarlo Fré, esta disposición, —se refiere a la fuente de nuestro artículo— no dar lugar a dificultad alguna de interpretación, pero cree un embarazo notable en su coordinación con el art. 1776 inc. 4), según el cual la sociedad por acciones se disuelve por la reducción del capital por debajo del mínimo legal, salvo lo dispuesto en el art. 1775.
Pareciera, según el art. 1775, que la disminución del capital por debajo del mínimo legal apareja siempre la disolución de la sociedad y por consiguiente la obligación de los administradores de abstenerse de hacer nuevas operaciones y de convocar, dentro de treinta días, la asamblea extraordinaria para las resoluciones relativas a la liquidación, como lo preceptúa el art. 1777, al paso que por disposición del presente artículo, cuando la pérdida de más de un tercio del capital haga descender éste por debajo del mínimo legal, los administradores deben convocar sin tardanza la asamblea para decidir el aumento a una cifra no inferior al mínimo o la transformación de la sociedad
Tratando nuestro autor de conciliar esta aparente antinomia enseña que se aplicará el inc. 4º del art. 1776 siempre que la asamblea convocada por los administradores a tenor del presente artículo, no provea a aumentar el capital a una cifra no inferior al mínimo o transformar la sociedad. (ver autor y opus cits. pág. 644 a 646).

CAPITULO X I

De la disolución y la liquidación

Art. 1776. — La sociedad por acciones se disuelve:
1) por el transcurso del plazo fijado a su duración;
2) por la obtención del objeto social o por la imposibilidad sobreviniente de conseguirlo;
3) por la imposibilidad de su funcionamiento o por la continuada inactividad de la asamblea;
4) por la reducción del capital por debajo del mínimo legal, salvo lo dispuesto en el art. 1775.
5) por la deliberación de la asamblea;
6) por otras causas previstas en el acto constitutivo.
La sociedad se disuelve también por declaración de quiebra si tiene por objeto una actividad comercial. Se observará en este caso las disposiciones de la Ley de Quiebras.

Ver: art. 2448 C. italiano; 369 y 370 de nuestro C. de comercio; 114 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Transportado este precepto, evidentemente inspirado en el art. 2448 del C. italiano por el que se fijan las causas de disolución de las sociedades por acciones, a la Sección XI del Anteproyecto en el que se contemplan las causas de disolución de todas las sociedades por acciones, dos causales, como la pérdida del capital, sin limitación alguna, de modo que la pérdida sólo producirá la disolución de la sociedad si es total, criterio, que no compartimos, porque permitiría que produciéndose gradualmente dicha pérdida aun siendo del 75%, fijado por el art. 369 de nuestro Código de comercio, pueden los administradores seguir realizando actos de comercio con desdén de la tutela debida al interés de los acreedores sociales y de los terceros de buena fe que contratasen con ellos. Incluye también el art. 114 del Antepro-

yecto argentino, como causa de disolución, el hecho de quedar la sociedad reducida a un solo socio, que si es admisible por fallecimiento de uno de los dos socios de una sociedad simple, no lo es respecto de las sociedades por acciones. Tales son las razones por las cuales trasegamos lisa y llanamente aquí el art. 243 del C. Italiano.

La producción de cualquiera de los hechos que, según nuestro artículo, causan la disolución de la sociedad, no extingue su personalidad jurídica, sino que señalan el comienzo de una situación que se resuelve en su liquidación, entendida como el conjunto de operaciones necesarias para extinguir su pasivo o generalmente para transformar en dinero el resto del patrimonio que debe repartirse entre los socios. La extinción tiene lugar sólo cuando se ha agotado el estado de liquidación. Durante esta última fase de su existencia, dice Giancarlo Fré, la sociedad no sobrevive a sí misma, sino que continúa viviendo para llevar a cabo el fin último de la repartición a los socios de lo que se sobre de las utilidades líquidas obtenidas durante el año en que la actividad económica se ha desenvuelto y para cuyo ejercicio se ha constituído. No parece, pues, exacta la afirmación según la cual, por acaecer una causa de extinción, se produce un cambio del objeto social. El objeto de la sociedad, entendido como definición de la actividad económica que ella está destinada a ejercer, queda en efecto, invariable. El fenómeno que se produce es sólo el de la detención de su actividad que se desenvolvía para conseguirlo, de donde viene la prohibición a los administradores de emprender nuevas operaciones. Aun durante la liquidación, la sociedad, para llevar a términos los negocios ya iniciados, continuará operando en el surco trazado por su objeto, tanto que los administradores, aun disponiendo de sumas de dinero, a la espera de repartirla entre los socios, no podrían emplearle ni aun temporariamente en operaciones ajenas al objeto de la sociedad. Lo que cambia desde que acontece un hecho disolutivo del vínculo social, es el fin de producir utilidades, por el de realizar los resultados de la acividad precedente y de repartir su producto líquido entre los socios. Se trata, —agrega nuestro autor—, no de un cambio de objeto, sino de una variación de naturaleza funcional a la que corresponde una mudanza estructural que el legislador ha creído oportuno preestablecer para asegurar el mejor desenvolvimiento de la liquidación.

Nuestro artículo, como su fuente, ha abandonado la distinción clásica de los arts. 369 y 370 de nuestro Código de Comercio, entre causas de disolución que requieren una resolución de la asamblea y las que la producen ipso iure. Se limita a enumerarlas, las cuales, como ya lo hemos dicho, señalan la iniciación del estado de liquidación. Todas ellas operan de derecho la disolución sin que sea menester una comprobación constitutiva, lo que no excluye que respecto de algunas de ellas sea menester una estimación de parte de los órganos sociales. Así, tratándose de la imposibilidad sobreviniente de obtener el objeto para el cual la sociedad se constituyó, serán los administradores lo que deben estimar las circunstancias que han determinado tal situación para observar la prohibición de emprender nuevos negocios y cumplir la obligación de convocar la asamblea extraordinaria que debe declararla. Si se ignorase o pasase inadvertida la causa que hizo imposible la obténción del objeto, o si conociéndola no se lo juzgase idónea para producir la disolución de la sociedad, ésta producirá igualmente sus efectos y los administradores responderían ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales derivadas de las nuevas operaciones realizadas en infracción de la prohibición legal y por los daños resultantes de la falta de convocación de la asamblea. Causa de disolución hay, como la determinada por el transcurso del tiempo por el cual la sociedad se constituyó, sin que nada de anormal señalarse en la dirección y ejecución de los negocios sociales, la cual puede ser opuesta a los terceros sin necesidad de otro requisito, porque se trata de una previsión contenida en el acto constitutivo. En los otros casos será menester que la causa de disolución se haya inscrito en el registro de las empresas para que pueda ser opuesta a terceros, a menos que se pruebe que éstos la conocían.

Nuestro autor juzga que la asamblea puede eliminar por su decisión la causa de disolución y hacer cesar el estado de liquidación, excepción hecha de la disolución dispuesta por decisión judicial. Así, en el caso del vencimiento del término de duración de la sociedad, que ha pasado inadvertido a los administradores, razón por la cual omitieron la convocación de la asamblea, no puede decirse que haya una indudable voluntad de disolución, sino antes al contrario una indudable voluntad de prorrogar su existencia, siquiera no se la haya manifestado. La sociedad continuará desenvolviendo su actividad, no obstante el vencimiento del plazo, no de otro modo que el observado cuando acaecen las otras causas de disolución. No hay razón alguna que impida a los socios prorrogar la existencia de la sociedad. Nada importa que la manifestación de voluntad de prorrogarla sea posterior al vencimiento del término porque la voluntad manifestada es la afirmativa de su continuación. Sólo que los administradores serán ilimitada y solidariamente responsables por las operaciones realizadas entre el vencimiento del término y su prórroga expresada por la asamblea. Esta puede eliminar la causa de disolución aun en el período de liquidación, con el objeto de revocarla, por decisión de la mayoría absoluta de votos, sin necesidad de la unanimidad. Los acreedores sociales no tienen derecho a oponerse a la revocación de la liquidación.

Conocidos estos antecedentes de doctrina, trataremos de las causas de disolución:

a) **transcurso del plazo fijado a la duración de la sociedad.** Esta causal es la prevista en el acto constitutivo y la que resulta de sus sucesivas modificaciones.

b) **obtención del objeto social o imposibilidad sobreviniente de conseguirlo.** La primera hipótesis a que se refiere este inciso es el de la obtención del objeto, lo sociedad continúa en estado de liquidación. La imposibilidad de conseguir el objeto social supone una situación cuyos efectos no pueden estimarse sino después de un cierto período de tiempo. Casos pueden darse en que la imposibilidad sea conocida de inmediato, como por ejemplo, si una sociedad por acciones concesionaria de un servicio público, le fuese revocada la concesión. Fuera de esta hipótesis, la imposibilidad puede dar lugar a dudas acerca del momento en que ella tiene lugar, caso en el cual pueden surgir controversias relativas a su determinación. Tal conflicto no podría ser resuelto sino por sentencia del juez, quien al dictarla no podría omitir su pronunciamiento sobre la responsabilidad de los administradores prevista por el art. 1774 en el estado de justificable incertidumbre en que han podido encontrarse.

c) imposibilidad de funcionamiento o continua inactividad de la asamblea. Entiende Giancarlo Fré que el presente inciso no se refiere a una imposibilidad absoluta de funcionamiento, como ocurriría si todos los accionistas residiesen en el extranjero y no pudiesen concurrir a las asambleas por fuerza mayor, como la guerra, por ejemplo, sino a una permanente divergencia entre socios que impida la formación de mayorías en las asambleas, y condene a éstas a una continua inactividad, la cual podría derivar o de la falta de convocación de la asamblea o de la persistente dimensión de los accionistas. Dada la naturaleza de estos hechos se ofrecerá la dificultad de fijar el día en que se debe dar por producida la imposibilidad de funcionamiento. Los administradores, renuentes a la idea de ver disuelta por esta causa la sociedad han podido perder su tiempo en buscar la conciliación de las extremas pretensiones de los sectores en que la mayoría se halle dividida, y hacer demorar la intervención del juez para declarar que por la continuada inactividad de la asamblea se hace imposible el funcionmiento de la sociedad.

Ocioso es que el juicio promovido con este objeto sea breve y sumario y que la sentencia que se dicte sea notificada a los administradores y al colegio de síndicos para su inscripción en el registro de las empresas.

d) **reducción del capital por debajo del mínimo legal.** Sobre esta causal remitimos al lector a lo que dejamos dicho en nuestra apostilla al art. 1775.

e) **Deliberación de la asamblea.** La asamblea, como soberana autoridad de la sociedad, puede decidir una disolución anticipada de ella mediante una modificación del acto constitutivo, homologada por sentencia del juez.

f) **otras causas previstas por el acto constitutivo.** Estas causas pueden ser diversas. Una de las más co-

munes sería la prevista en relación a la imposibilidad de obtener, no el objeto de la sociedad, sino de obtener utilidades, aun cuando el objeto sea alcanzable. Una cosa es el objeto, y otra son las utilidades, las cuales constituyen el fin perseguido por la sociedad.
g) la quiebra. No hay novedad en este punto, pues, el inc. 2º del art 370 de nuestro C. de comercio concordante con el inc. 4º del art. art. 422 del mismo cuerpo legal, así lo estatuye. (ver: Giancarlo Fré, opus cit. pág. 646 a 662).

Art. 1777. — Ocurrido un hecho determinante de la disolución de la sociedad, no podrán los administradores realizar nuevas operaciones. Si contravinieren esta prohibición, contraerán responsabilidad ilimitada y solidaria por los negocios que concertaren.

Los administradores deben convocar la asamblea, dentro del término de treinta días, para que ella decida sobre la liquidación.

Los administradores son responsables de la conservación de los bienes sociales hasta que hagan entrega de ellos a los liquidadores.

Ver: art. 2449 C. italiano; 192 y 197 del C. de comercio italiano de 1882; 371 de nuestro C. de comercio; 122 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
A partir del presente artículo, el sistema del presente código se resuelve en una serie de preceptos inspirados en el principio según el cual las veces que se produce una causa de disolución, la sociedad no sufre una disminución de su capacidad de obrar, sino que ve iniciarse para ella el estado de liquidación, lo que significa, enseña Giancarlo Fré, que a partir de ese momento, el fin perseguido no es ya el de obtener utilidades mediante el ejercicio de actividades que no constituyen su objeto, sino el de terminar la operación necesaria para extinguir el pasivo y repartir el residuo del patrimonio entre los socios. Fuera de duda está —agrega— que esta situación determina un cambio de la condición jurídica de la sociedad, pero parece excesivo afirmar que, como consecuencia inmediata de la causa de disolución, se produce una limitación de la capacidad inmediata de obrar de la sociedad, en el sentido de que esta capacidad se ve limitada al cumplimiento de los actos necesarios para la liquidación. Menos sostenible es esta tésis dado el sistema de la ley según el cual se puede creer que las causas de disolución producen efectos ministerio legis en cuanto todas, al verificarse, ponen a la sociedad en estado de liquidación. Por otra parte, con exclusión del vencimiento del plazo, las causas de disolución no pueden ser opuestas a terceros mientras no hayan sido publicadas o no se pruebe que el tercero las conocían igualmente, lo que parece excluir una capacidad de la sociedad en el susodicho sentido, sobre todo después del período que corre desde la comprobación de la causa de disolución a la noticia que de ella tienen los terceros. Si tal incapacidad subsistiese, se debe admitir que todas las operaciones comprendidas en la liquidación, realizadas después de la comprobación de la causa de disolución serían anulables en interés de la sociedad.
La doctrina que sostiene la sobreviniente incapacidad de la sociedad, fundada en las disposiciones del Código de comercio italiano de 1882, ya abrogado, afirma que el acto cumplido en violación de la prohibición de realizar nuevas operaciones no sólo no vincula a la sociedad y no puede ser ratificado, sino además que no puede crear ningún vínculo a favor de terceros. Mas nuestro autor observa que si así fuese, el acto sería insanablemente nulo, por la imposibilidad de un consentimiento de la sociedad y la responsabilidad de los administradores, por los negocios ajustados en violación de la prohibición de que se trata, tendría su fundamento en la obligación de resarcir el daño que se pone a cargo del que realiza un negocio que no podía celebrarse.
Me parece, dice a este propósito Giancarlo Fré, que a partir del momento en que se comprueba una causa de disolución, se produce sencillamente una limitación de los poderes de los administradores y que su inobservancia determina una situación análoga a la que tiene lugar cuando el administrador realiza una operación extraña al objeto de la sociedad. En consecuencia, la sociedad podrá rechazar la pretención que los terceros alegasen en su favor, sólo en cuanto pruebe que ellos debían conocer (y tal es el caso de la disolución por vencimiento del plazo) o que conocían de cualquier modo que sea, que se había verificado una causa de disolución. En esta hipótesis, los administradores serían responsables respecto de terceros del mismo modo que si durante la vida de la sociedad no respetasen los límites que el objeto de la sociedad fija a sus poderes. Si ignorando los terceros —y esta es la hipótesis más común— que se ha comprobado una causa de disolución de la sociedad, contratasen con los administradores, no se ve, dice nuestro autor, cómo podría ella oponerles su sobreviniente incapacidad, sin oponerles al mismo tiempo la causa de disolución. Tanto valdría esta solución como crear una presunción absoluta de conocimiento de la verificación de todas las causas de disolución. La sociedad no podrá, por consiguiente, en este caso substraerse al cumplimiento de la obligación nacida de la nueva operación emprendida por su administrador, salvo, se entiende, su derecho a obtener de éste el resarcimiento del daño que, por efecto de ella, sufriese en su patrimonio.
En conclusión, agrega nuestro autor, parece que los límites que la ley fija a los poderes de los administradores, lo que igualmente reza con los poderes de los liquidadores, se reducen a aquellas operaciones enderezadas a preparar y realizar el proceso de liquidación, siquiera no como consecuencia de una sobrevenida disminución de la capacidad de obrar de la sociedad.
La decisión de la asamblea relativa a la disolución. La obligación de los administradores de convocar la asamblea, dentro del término de treinta días, para decidir sobre la disolución, estatuida por el parágrafo 2º de nuestro artículo, exclusión hecha del caso contemplado en el inc. 3º del artículo anterior, si fácil de cumplirse en relación a las causas de disolución de la mayor evidencia, no lo sería en relación a aquellas en que no es prácticamente posible determinar exactamente el momento en que ellas tienen lugar. Casos son éstos en que los treinta días comenzarán a correr desde que los administradores vengan a la certidumbre de haberse verificado la causa respectiva.
Podría ocurrir que la asamblea convocada no compartiese la opinión de los administradores acerca de la verificación de una causa de disolución y se negase, por tanto, a admitirla. Mas la disolución legal es un hecho que aun a despecho de la asamblea pone a la sociedad en estado de liquidación. Por consiguiente, si se evidencia que dicha causa se ha verificado efectivamente, la decisión negativa de la asamblea no impedirá que ella produzca sus efectos. Los administradores y los socios podrían obtener una sentencia declaratoria de la disolución. El error de la asamblea no liberaría a los administradores de su responsabilidad por las nuevas operaciones que realizaren.
Si la asamblea se reune y comparte el parecer de los administradores, procederá al nombramiento de los liquidadores. Mas por el acto constitutivo podría designarse a las personas que han de desempeñar, llegado el caso, las funciones de liquidadores. Aun en esta hipótesis los administradores no podrían omitir la convocación de la asamblea, que en todos los casos puede eliminar la causa de disolución. Si tal fuese su decisión, no haría falta el procedimiento de liquidación. (ver: G. Fré, opus cit. pág. 663 a 670).

Art. 1778. — El nombramiento de los liquidadores corresponde a la asamblea, salvo diversa disposición del acto constitutivo.

La asamblea decide con la mayoría prescrita para la asamblea extraordinaria.

En el caso previsto por el Nº 3 del artículo 1776, o si la mayoría prescrita no concurriere, el nombramiento de los liquidadores lo hará el juez a petición de los socios, de los administradores o de los síndicos.

Los liquidadores pueden ser removidos por la asamblea con la mayoría prescrita para la asamblea extraordinaria o, si existe una justa causa, por el juez, a instancia de los socios, de los administradores, de los síndicos o del Ministerio Público.

Las disposiciones de los parágrafos primero, segundo y tercero, se aplican también a la sustitución de los liquidadores.

Ver: art. 2450 C. italiano; 210 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 367 inc. VI), 124, v 127 parág. 1º y 133 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

El nombramiento de los liquidadores se rige por los principios siguientes:

a) debe ante todo observarse lo dispuesto acerca de esta materia por el acto constitutivo. Si el acto constitutivo designa por sus nombres a los eventuales liquidadores de la sociedad, serán ellos los que ejerzan la función de tales.

La asamblea convocada por los administradores de conformidad con el parágrafo 2º del artículo anterior puede modificar el acto constitutivo y nombrar a otras personas, lo cual puede acontecer por el cambio de la situación ocurrida en el decurso del tiempo, o porque hayan fallecido los nombrados en el acto constitutivo. Mas si con el fin de asegurar a la minoría una protección eficaz fuese exigida una mayoría mayor que la requerida por el parág. 2º del artículo anterior, para el cambio de los liquidadores ya nombrados, mal podría la asamblea convocada por los administradores modificar lo estatuido en el acto constitutivo.

b) Si el acto constitutivo nada dispone acerca del nombramiento de los liquidadores, su nombramiento corresponderá a la asamblea.

c) si la mayoría exigida para las asambleas extraordinarias o la mayoría más elevada eventualmente exigida por el acto constitutivo no concurriese, o si la disolución de la sociedad es determinada por la imposibilidad de funcionamiento o la continua inactividad de la asamblea, corresponderá al juez el nombramiento de liquidadores, a instancia de los socios, de los administradores o de los síndicos. No hará falta que sean todos los socios, ni todos los administradores, ni todos los síndicos los que promuevan la instancia. Bastará que cualquier socio, o uno o más de los administradores y síndicos formulen petición al juez para que provea el nombramiento de los liquidadores.

Las mismas mayorías exigidas para el nombramiento de los liquidadores deben concurrir para removerlos, incluso al nombrado por el acto constitutivo, siquiera no medie una justa causa. La ley no estatuye que en este caso tendrá el liquidador removido derecho a una indemnización por el daño sufrido. Bien podría ser que al liquidador no pudiese imputarsele ninguna incorrección de conducta, ni falta de diligencia, pero que, en cambio, careciese de intuición comercial o de la especial perspicacia, penetración y sagacidad indispensables para liquidar un patrimonio complejo, mediante una serie de operaciones que, en algunos casos, requieren períodos de años, y que por estos motivos peligrase conducir la liquidación a un desastre, a pesar de su honestidad y buena voluntad. En casos tales, la asamblea, sin invocar una justa causa, puede revocar al liquidador que estuviese en tales condiciones personales.

Sólo tratándose de la revocación que el juez puede proveer se condiciona a la prueba de una justa causa. Por justa causa se entiende la impericia, la ineptitud o la inadaptación del liquidador a la función propia de su cargo. Un concepto demasiado estrecho de la justa causa, dice Giancarlo Fré, puede determinar en esta materia gravísimos perjuicios a los socios.

El In fine de nuestro artículo no requiere explicación. Tratándoes de la sustitución de un liquidador, por muerte, renuncia, revocación, se debe aplicar los parágrafos primero, segundo y tercero del presente artículo. (ver autor y opus cit. pág. 670 a 676).

Art. 1779. — Las disposiciones sobre la asamblea y el colegio de síndicos se aplican también durante la liquidación, en cuanto sean compatibles con ésta.

Ver: art. 2451 C. italiano; 198 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 134 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

A estar al texto del presente artículo, la asamblea subsiste durante la liquidación, lo que confirma la tesis de Giancarlo Fré de que aun producida una causa de disolución no se extingue la personalidad jurídica de la sociedad, sino que sólo inicia para ella el estado de liquidación. Bien dice nuestro autor que bien pudo ser omitido el presente artículo, que al no estatuir nada nuevo ni desde el punto de vista formal, ni substancial, deja a cargo del intérprete la tarea de darle un contenido.

Desde el punto de vista formal, se aplicarán así, durante la liquidación, los arts. 1691, 1692 y 1731.

En lo que respecta al funcionamiento de la asamblea se continuará observando las reglas normales con los necesarios agregados. Se aplicará a los liquidadores la prohibición del art. 1097 in fine, establecida respecto a los liquidadores. Cuanto al reconocimiento a los liquidadores del derecho de impugnar las decisiones de la asamblea no conformes con la ley, se aplicará por analogía el art. 1701.

Las obligaciones y responsabilidad de los liquidadores son regulados por el art. 1601.

La asamblea conserva durante la liquidación sus poderes. Puede, desde luego, revocar la liquidación mismo. Pudiendo lo más, puede lo menos y así puede modificar, ampliando o restringiendo, los poderes de los liquidadores, como está previsto por el art. 1780.

Aun cuando la liquidación se prorrogue por otro año más, la asamblea podrá aprobar el balance anual nombrar síndicos y substituirlos, cualquiera sea la razón por la cual deban ser subrogado.

No es posible establecer taxativamente cuáles sean las decisiones de la asamblea en el estado de liquidación, porque su determinación depende de cada caso paricular. Nuestro autor, empero, juzga que durante la liquidación podría la asamblea modificar el acto constitutivo para limitar los poderes de los liquidadores establecidos en dicho acto; o cambiar la sede social o reducir o aumenar el número de los liquidadores establecido en el acto constitutivo, pero no podrá autorizar a los liquidadores a realizar nuevas operaciones, entendidas por tales las no comprendidas en el objeto de la sociedad.

El colegio sindical continuará cumpliendo sus funciones propias en cuanto sean compatibles con el estado de liquidación. Podrá pedir a los liquidadores un informe sobre la marcha de las operaciones de liquidación. (G. Frá, opus cit. pág. 677 a 681).

Art. 1780. — Los liquidadores quedan sujetos a lo dispuesto en los arts. 1604, 1605, 1607, 1608 parágrafo 1º, 1637 y 1638.

Los poderes de los liquidadores se regulan por lo estatutido en el primer parágrafo del art. 1606, salvo que la asamblea con las mayorías establecidas para la asamblea extraordinaria, haya dispuesto otra cosa.

Si los fondos disponibles resultan insuficientes para el pago de las deudas sociales, los liquidadores podrán pedir a los socios una contribución proporcional a sus respectivas acciones.

Ver: art. 2452 C. italiano; 198, 200 a 205 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 128 y 129 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Los liquidadores deben proceder a exigir y cobrar todo lo que se adeude a la sociedad y dar recibos, incluso lo que los socios adeuden por sus acciones y por otros conceptos.

Deberán pagar, a medida de su vencimiento, las obligaciones de la sociedad, sin perjuicio de la iniciativa individual de los acreedores en el ejercicio de sus derechos contra la sociedad, incluso para pedir la declaración de quiebra de la sociedad.

La disolución de la sociedad no hace decaer los plazos de las deudas de la sociedad, ni el estado de liquidación modifica sus relaciones de crédito. Tratándose de las obligaciones emitidas (debentures) no están los liquidadores obligados a reembolsarlos fuera de los plazos establecidos en el respectivo contrato, porque tal operación no pasa de ser un préstamo a interés.

Para realizar el fin último de la liquidación deben los liquidadores transformar en dinero el activo social hasta donde sea posible para su repartición a los socios.

Nada obsta que de conformidad con lo estatuido en el art. 1608 se convenga en una sociedad por acciones; que la repartición de los bienes se haga en especie.

Por aplicación del art. 1607 los liquidadores pueden vender en bloque todos los bienes del activo y hacer transacciones y compromisos.

A tenor del art. 1776 deberán los liquidadores establecer en el balance final la parte correspondiente a cada acción en la división del activo, y conforme con el art. 1780 deberán depositar en un instituto de crédito las sumas correspondientes a los socios, no cobradas por éstos dentro de los tres meses computados desde la inscripción del depósito del balance a tenor del art. 1776. (ver G. Fré, opus cit. pág. 682 a 701).

Art. 1781. — Realizada la liquidación, los liquidadores deben redactar un balance final, en el que indicarán la parte correspondiente a cada acción en la división del activo.

El balance, suscrito por los liquidadores, y acompañado de la Memoria de los síndicos, se depositará en la oficina del registro de las empresas.

En los tres meses siguientes a la inscripción del depósito así realizado, todo socio podrá formular sus reclamos ante el juez, en juicio sumario trabado con los liquidadores.

Si fueren más de una las reclamaciones, el juez ante quien se hubiere promovido la primera de ellas, dispondrá que las otras sean acumuladas a los autos en los cuales podrán intervenir todos los socios. La tramitación de la causa comenzará cuando haya transcurrido el término indicado. La sentencia causará estado aun respecto de los socios que no hayan intervenido.

Ver: art. 2453 C. italiano; 215 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 128 y 132 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades

Art. 1782. — Transcurrido el plazo de tres meses sin que se hayan formulado reclamaciones, el balance se entenderá aprobado, y los liquidadores, salvo sus obligaciones relativas a la distribución del activo resultante del balance, quedarán liberados en relación a los socios.

Indepedientemente del transcurso del plazo, el recibo, otorgado sin reservas en el acto del pago de la última cuota del reparto, valdrá por aprobación del balance.

Ver: art. 2454 C. italiano; 216 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.

Art. 1783. — Las sumas correspondientes a los socios, no cobradas por ellos dentro de los tres meses computados desde la inscripción del depósito del balance a tenor del art. 1782, deben ser depositada en un instituto de crédito con indicación del nombre y apellido del socio o de los números de las acciones sin éstas son al portador.

Ver: art. 2455 C. italiano; 217 C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.
Terminadas las operaciones de liquidación; deberán los liquidadores presentar el balance final, en cuyo activo figurará el monto de las sumas cobradas en dinero efectivo y en su pasivo el capital social y eventualmente un residuo igual a la diferencia entre el monto del capital y la mayor suma escrita en el activo. Teóricamente, dice G. Fré, en el balance final de liquidación no deben figurar ni créditos ni débitos.
Al balance final debe acompañar el plan de repartición del activo social, en el cual se indicará la parte que corresponda a cada acción en la división del activo, sin perder de vista el privilegio que eventualmente corresponda a las acciones privilegiadas en el reembolso del capital a la disolución de la sociedad y las acciones de goce que tienen derecho de concurrir en la repartición del patrimonio social restante después de haberse reembolsado las otras acciones por su valor nominal.
El balance final acompañado de la Memoria de los síndicos debe ser depositado en la oficina del registro de las empresas.
Todo reclamo de los accionistas contra el balance debe promoverse ante el juez dentro de los tres meses siguientes a su inscripción, y transcurrido este término sin que ningún reclamo se haya formulado, el balance quedará aprobado y liberado los liquidadores en relación a los socios, salvo sus obligaciones relativas a la distribución del activo resultante de dicho balance.
Pudiendo ocurrir que en el término de tres meses computados desde la inscripción del balance no se presenten los accionistas a cobrar las sumas que los liquidadores acopiaron para su distribución entre ellos, estatuye nuestro art. 1783 que transcurrido ese plazo, deberán los liquidadores depositar en un instituto de crédito las sumas que correspondan a cada accionista designado por su nombre y apellido, o por el número de sus acciones, si éstas son al portador.

Art. 1784. — Aprobado el balance final de liquidación, deben los liquidadores pedir la cancelación de la sociedad en el registro de las empresas.

Después de la cancelación de la sociedad, los acreedores sociales no satisfechos pueden hacer valer su créditos ante los socios, hasta la concurrencia de las sumas cobradas por éstos sobre la base del balance final de liquidación, y frente a los liquidadores, si la falta de pago es imputable a culpa de éstos.

Ver: art. 2456 C. italiano.
Cancelada la sociedad, queda extinguida su personalidad jurídica. Sólo quedan la responsabilidad aquiliana de los liquidadores y el derecho de los acreedores sociales de obtener de los socios el pago de lo que se les debe en los límites de la suma percibida por ellos sobre la base del balance final de liquidación, porque, como lo preceptúa el parágrafo 2º del 1761 "no se pueden pagar dividendos sobre las acciones, sino por utilidades realmente obtenidas y resultantes del balance, regularmente aprobado" y porque los liquidadores mal podrían distribuir el residuo del activo entre los socios sin antes haber pagado a todos los acreedores sociales. Si contra todas las previsiones incurriesen en la falta de distribuir el saldo del activo sin antes haber extinguido todas las deudas de la sociedad, responderán de su culpa a los acreedores sociales, porque no podrían éstos hacer resucitar a la sociedad ya extinguida en el registro de las empresas, y los socios que recibieron indebidamente su parte en la repartición deben concurrir pro cuota al pago de los créditos reclamados.

Art. 1785. — Practicada la liquidación, la distribución del activo o el depósito indicado en el art. 1783, los libros de la sociedad deben ser depositados y conservados por diez años en la oficina del registro de las empresas. Cualquiera puede examinarlos, previo pago de los gastos.

Ver: art. 2457 C. italiano; 136 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; y 218 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.
El término de diez años fijado a la conservación de los libros en poder del encargado del registro de las empresas corresponde al plazo fijado a la prescripción ordinaria de las obligaciones en general.

CAPITULO XII

De la sociedad con participación del Estado o de entidades públicas

Art. 1786. — Si el Estado o las entidades públicas tienen participación en una sociedad por acciones, el acto constitutivo puede conferirles la facultad de nombrar uno de los administradores o síndicos.

El administrador o el síndico nombrado a tenor del parágrafo anterior puede ser revocado sólo por las entidades que los han nombrado.

Ellos tienen los derechos y son de su cargo las obligaciones de los miembros nombrados por la asamblea.

Ver: art. 2158 C. italiano; 425 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La participación del Estado o de los entes públicos de Derecho privado, no confieren a las sociedades por acciones de economía mixta el carácter de entes del Derecho público.

Art. 1787. — La participación del Estado o de las entidades públicas en la formación del capital de las sociedades por acciones de economía mixta, presume, sin admitir prueba en contra, que tanto el Estado como las entidades públicas, se someten a las disposiciones del presente código que

disciplinan la existencia y funcionamiento de las sociedades por acciones para asegurar a la gestión de la entidad así constituída mayor agilidad y posibilidad de realización de sus fines.

Ver: Grandi, opus cit. Nº 998, pág. 678; G. Fré, opus cit. pág. 709.
Omitimos reproducir los arts. 2459 y 2460 del C. italiano por los que bajo la influencia, sin duda, del clima político imperante en Italia al tiempo de su compilación se propende a quebrantar la igualdad de derechos de los s o c i o s de una sociedad por acciones de economía mixta en favor del Estado, tan poderoso de por sí. Por la misma razón nos resistimos a uniformar esta parte de nuestra legislación civil con las disposiciones esbozadas en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades (arts. 426 a 431).

TITULO XXVIII

DE LA SOCIEDAD EN COMANDITA POR ACCIONES

Art. 1788. — En la sociedad en comandita por acciones los socios colectivos responden solidaria e ilimitadamente de las obligaciones sociales, y los socios comanditarios están sólo obligados en los límites de la cuota de capital a que se hayan suscrito.

Las cuotas de participación de los socios están representadas por acciones.

Ver. art. 2462 C. italiano; 114 y 117 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogdo; 676 inc. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones: 23 y 26 C. francés de comercio; 320 a 324 C. alemán de comercio; 432 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 280 y 381 de nuestro C. de comercio. Los viejos códigos de comercio, incluso el nuestro, y más de un tratadista, como Messineo (t. V, parág. 153, Nº 1, pág. 543), consideran que la sociedad en comandita por acciones es, desde el punto de vista económico, una variedad de la comandita simple. Así se explica el sitio reservado al art. 380 de nuestro C. de comercio, dentro del Capítulo consagrado a la sociedad en comandita.
Mas, posteriormente y a inspiración del Código alemán de comercio y del Federal suizo de las Obligaciones, los compiladores del Código civil italiano de 1942 prestaron una particular atención a la necesidad de disciplinar por separado la sociedad en comandita por acciones de la sociedad en comandita simple, como un tipo de contrato que ofrece la ventaja de realizar mejor que la sociedad por acciones (o sociedad anónima del derecho tradicional- el principio jerárquico, en el sentido de atribuir a quien tiene el poder exclusivo de gestión una más intensa responsabilidad patrimonial, tal como Grandi lo ha destacado en su Informe. (autor y opus cits. Nº 1000, pág. 679).
No a escasas controversias ha dado lugar en Suiza la definición de la naturaleza de este tipo de sociedad. El C.F.S., de las Obligaciones sólo le consagra su art. 676, de donde viene que Bachman, Siegmund, Goetzinger y Zeller (In Schneider y Fick, opus cit. t. II, pág. 229), la consideren como una sociedad anónima modificada en el sentido de que sus gerentes son personalmente responsables de una manera ilimitada, como administradores legales de ella.
Rechazan así estos autores la opinión de Rossel según la cual la comandita por acciones es una combinación de la sociedad y de la sociedad anónima. (autor cit. Manuel du Droit Federal des Obligations, t. II, Nº 244, pág. 160), para admitir el parecer de Hafner-Goll para quien la figura contractual indicada en el art. 676 del C.F.S., de las Obligaciones no es una sociedad en comandita, sino en principio una sociedad por acciones, dado que en ella no existe capital de la comandita, de donde viene que sólo haya que admitirse modificaciones al derecho de las sociedades anónimas en la medida que la ley lo exije. Todo el capital de las sociedades de este tipo está dividido en acciones, del cual los gerentes que son ilimitadamente responsables, deben igualmente participar. Ellas, como las sociedades anónimas, son una persona moral a cuya liquidación los accionistas tendrán una cuota parte proporcional del resultado de ella. Los otros aportes hechos por los gerentes ilimitadamente responsables — eventualmente también accionistas — constituyen préstamos a la sociedad que serán liquidados a su disolución, como los derechos de su otros acreedores.
La comandita por acciones ha sido vivamente criticada en Francia, cuya Ley de 1857 no la contempla. Mas dado que puede aplicársele las disposiciones relativas a las sociedades por acciones (anónimas), se la consciente. En Suiza, en cambio, existían en 1917 46 comanditas por acciones, de las cuales dos extranjeras, con un capital de 30 millones de francos suizos. Al favor de esta forma de sociedad se han multiplicado los casos de hombres de empresa de gran reputación en el mundo de los negocios lanzados a promover la fundación de comanditas por acciones sobre la base de su responsabilidad ilimitada y solidaria, todas prósperas, y de muy grande capital para la consecución de objetivos que, por su valor económico, no están al alcance de la emoresa individual, ni de la comandita simple, así reservada a empresas de dimensiones más limitadas.

Art. 1789. — La denominación de la sociedad está constituída por el nombre de por lo menos uno de los socios colectivos, con el aditamento de ser sociedad en comandita por acciones.

Ver: art. 2463 C. italiano; por analogía: 652 y 873 C.F.S. de las Obligaciones; 433 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Aun cuando el nombre de uno o más socios colectivos figure en la denominacin de la comandita por acciones sin la añadidura del tipo de sociedad que administra, su responsabilidad será siempre ilimitada y solidaria. Nuestro artículo, sin embargo, hace obligatorio el aditamento, aunque sea en abreviatura o sigla, como lo estatuye el art. 433 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1790. — A las sociedades en comandita por acciones les son aplicables las normas relativas a las sociedades por acciones, en cuanto sean compatibles con las disposicines siguientes.

Ver: art. 2464 C. italiano; 676 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 434 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Dado lo dispuesto por el presente artículo, la comandita por acciones se rige por las reglas de las sociedades por acciones, salvo las derogaciones que se estatuirán en los artículos siguientes. Infiérese igualmente de su texto que los preceptos rectores de la sociedad colectiva y de la comandita simple no le son aplicables a la comandita por acciones a título complementario salvo que los artículos que siguen se remitan formalmente a ellos.

Art. 1791. — El acto constitutivo debe indicar el nombre y apellido de los socios colectivos.

Los socios colectivos son de derecho administradores y están sujetos a las obligaciones de los administradores de la sociedad por acciones, excluída la de la caución.

Ver: art. 2465 C. italiano; 676 inc. 1º y 2º C.F.S., de las Obligaciones y 435 parágrafo 1º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La claridad del precepto excusa toda explicación. La única y fundamental diferencia de nuestro artículo y su fuente, con el art. 676 del C. Federal suizo de las Obligaciones, es la relativa a la caución de los administradores, ociosa según el C. italiano, y exigida por el inc. 4º del art. 676 del C.F.S. de las Obligaciones en forma de depósito de las acciones de la sociedad a que los administradores se hayan suscrito, en la cantidad fijada en sus estatutos, con prohibición de enajenarlas por todo el tiempo que sean responsables hacia la sociedad. Este criterio inspira lo dispuesto en el art. 435 del Anteproyecto argentino Ley General de sociedads. Nosotros nos ceñimos estrictamente a la fuente de nuestro artículo. Preferimos equivocarnos con los eminentes compiladores del Código Italiano de 1942.

Art. 1792. — La revocación de los administradores debe ser acordada por la mayoría prescrita para las decisiones de la asamblea extraordinaria de las sociedades por acciones.

Si la revocación tuviere lugar sin justa causa, el administrador revocado tendrá derecho al resarcimiento de los daños.

Ver: art. 2466 C. italiano; 676 inc. 3º C.F.S. de las Obligaciones; 437 parág. 2º y 438 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El administrador de la comandita por acciones no es nombrado por la asamblea de accionistas, sino por el acto constitutivo. Por consiguiente dura en el cargo por tiempo indeterminado, lo cual no quiere decir que sea inamovible, pues, antes al contrario y expresamente nuestro artículo preceptúa que puede ser revocado por la mayoría prescripta para las decisiones de la asamblea extraordinaria de las sociedades por acciones.
No dice nuestro artículo qué sean los **justos motivos**. El inc. 3º del art. 676 del C.F.S., de las Obligaciones remite la definición de este concepto a lo estatuido respecto a la causa de revocación de los poderes del administrador de la sociedad simple (art. 539) y de las sociedades colectivas (art. 555 parág. 2º y 560). Entienden sus glosadores por justos motivos, desde luego los indicados por el acto constitutivo, y en su defecto, los que deriven de circunstancias que tengan que ver con la conducta y los actos que perjudiquen el crédito y la reputación de los asociados, o el abuso que el administrador haga de sus poderes en provecho personal suyo. La infidelidad será un justo motivo, por ejemplo, si el administrador hace la competencia a la sociedad, sea directa o indirectamente. Habrá igualmente justo motivo si el gerente cae gravemente enfermo y debe permanecer en cama durante varios meses. Una simple negligencia de su parte, no bastará. Tampoco si incurre en desarreglos de su vida privada, con tal que cumpla con sus deberes y no comprometa los intereses de la sociedad. (ver Schneider & Fick, opus cit. t. II, Nº 6, pág. 15).

Art. 1793. — La asamblea, con la mayoría indicada en el artículo anterior, proveerá a la sustitución del administrador que, por cualquier causa haya cesado en su cargo. En el caso de haber más de un administrador, el nombramiento debe ser aprobado por los administradores que continúen en sus cargos.

El nuevo administrador asume la calidad de socio colectivo desde el momento de la aceptación de su nombramiento.

Ver: art. 2467 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, cuyo art. 437 sólo contempla la eventual revocación de los administradores por justos motivos, pero sin estatuir el procedimiento que debe observarse para sustituir a los que cesan, a menos que la substitución se considere implícita en su parágrafo 1º, según el cual: "Ningún cambio puede ser operado entre los socios colectivos sin una modificación de los estatutos", la cual requiere la decisión de la mayoría exigida para la asamblea extraordinaria de las sociedades por acciones.
La aprobación de los administradores que continúan en sus cargos se explica por la necesidad de que los nuevos gocen de la confianza de aquellos con quienes deben colaborar (ver Messineo, opus cit. t. V, parág. 152 bis, Nº 2, pág. 529).

Art. 1794. — En caso de cesación en sus cargos de todos los administradores, la sociedad se reputará disuelta si en el término de seis meses no se ha provcído a su sustitución o los sustitutos no han aceptado el cargo.

Para este período el colegio de síndicos nombrará un administrador provisional encargado del cumplimiento de los actos de administración ordinaria. El administrador provisional no asume la calidad de socio colectivo.

Ver: art. 2468 C. italiano; 443 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1795. — Los socios colectivos no tienen derecho a voto por sus acciones propias en las decisiones de la asamblea convocada para el nombramiento y la revocación de los síndicos y el ejercicio de la acción de responsabilidad.

Ver: art. 2469 C. Italiano; 441 inc. y 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Mira esta limitación de la capacidad de los socios colectivos a sufragar en las asambleas sobre la designación de los síndicos, como un medio de asegurar a éstos su independencia respecto de los administradores. Tampoco podrían votar sobre su propia responsabilidad si por hipótesis se la controvirtiese en la asamblea por culpa en el desempeño de su gestión.

Art. 1796. — Las modificaciones del acto constitutivo deben ser aprobadas por la asamblea con la mayoría prescrita para la asamblea extraordinaria de la sociedad por acciones, más el voto favorable de los socios colectivos.

Ver: art. 2470 C. italiano. Omitido en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, acaso por parecer ocioso a sus compiladores, desde que todo contrato no puede ser modificado sino por las mismas partes que lo celebraron.

Art. 1797. — La responsabilidad de los socios colectivos ante los terceros es regida por el art. 1632.

El socio colectivo que cesa en el cargo de administrador no responde de las obligaciones de la sociedad surgidas con posterioridad a la inscripción en el registro de las empresas de la cesación en el cargo.

Ver. art. 2471 C. italiano. Subsidiaria la responsabilidad ilimitada de los socios colectivos por las obligaciones de la sociedad, contraídas en el desempeño de su cargo, termina por su cesación publicada respecto de terceros por su inscripción en el registro de las empresas. Si, pues, y con posterioridad a dicha inscripción surgiesen nuevas obligaciones, responderán de ellas los socios colectivos que subroguen a los cesantes.

TITULO XXIX

DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1798. — En la sociedad de responsabilidad limitada sólo la sociedad responde con su patrimonio por las obligaciones sociales.

Las cuotas de participación de los socios no puede ser representadas por títulos negociables.

Ver: art. 2472 C italiano; 198 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Sin referencia sobre el parágrafo 1º del presente artículo en el Decreto-Ley paraguayo Nº 10.298, salvo lo preceptuado por su art. 7 sobre la división del capital en cuotas que no pueden ser representadas por títulos negociales.

La limitación de la responsabilidad de las sociedades de este tipo las asigna al grupo de las sociedades impersonales, análoga pero no idéntica por su estructura y funcionamiento a las sociedades por acciones (Messineo, opus cit. t. V, parág. 152 bis, Nº 3, pág. 530). Bien dice Grandi en su informe que la sociedad de responsabilidad limitada es una figura introducida al lado de la sociedad por acciones, pero más sencilla que ella y sin circulación de acciones. Ella permite la constitución de empresas de dimensión menor que la sociedad por acciones con la ventaja de gozar igualmente el beneficio de la responsabilidad limitada a solo el capital, independientemente de su división en acciones. (ver autor y opus cit. Nº 1004, pág. 681).

Sobre la dificultad de dar una definición universal de la sociedad de responsabilidad limitada, ver la obra escrita sobre este tema por Sola Cañizares y Astiria, t. I, Nº 15, pág. 27. No nos parece aceptable la definición del art. 188 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, según el cual: "En la sociedad de responsabilidad limitada el capital cuya integración está garantizada por los socios, se divide en cuotas que no pueden ser representadas por títulos negociables", pues, debiendo hallarse íntegramente suscritas las cuotas, en el acto constitutivo, (art. 194 de dicho Anteproyecto), no hay garantía alguna que los socios deban prestar además de su suscripción a las cuotas de capital. Tampoco el capital se divide, sobre todo respecto de terceros, salvo en el orden interno de la contabilidad, con el cual nada tienen que ver los acreedores sociales sólo determinados por el todo unitario del capital declarado y registrado por la sociedad como única garantía con que pueden contar para cobrar lo que la sociedad les debe.

Art. 1799. — La denominación social, de cualquier modo que esté for-

mada, debe ir seguida de la indicación de ser sociedad de responsabilidad limitada.

Ver: art. 2473 C. italiano; 190 del Anteproyecto de Ley General de sociedades. Ambos preceptos confieren amplitud a la designación de la sociedad, en cuanto, según el último, puede o no incluir el nombre de uno o más socios, y según el primero, "de cualquier modo". Contrasta con esta latitud la limitación del art. 2º. del Decreto-Ley Nº 10.298, según el cual la denominación de la sociedad debe estar formada: o con los nombres de uno o más de los socios, o el objeto de la sociedad o nombre de fantasía, con el aditamento de ser Sociedad de Responsabilidad Limitada, íntegramente escrito, que se insertará en todos los documentos, anuncios y publicaciones sociales, so pena de una multa de $ 20.000 de curso legal, felizmente reducido posteriormente, por transformación de nuestro sistema monetario, a ₲s. 200:00, multa a todas luces inícua, sobre todo si la índole de la sociedad es indicada por medio de una sigla.

Art. 1800. — La sociedad debe constituirse con un capital no inferior a quinientos mil guaraníes.

Las cuotas de aportación de los socios pueden ser de diverso monto, pero en ningún caso inferior a cinco mil guaraníes.

Si la cuota de aportación es inferior al mínimo, debe estar constituída por un monto múltiplo de cinco mil guaraníes.

Si el valor de una aportación en especie no alcanza al monto mínimo o a un múltiplo de éste, la diferencia debe ser integrada en dinero.

Ver: art. 2474 C. italiano; 7º del Decreto-Ley paraguayo Nº 10.298 según el cual el capital de la sociedad de responsabilidad limitada no podrá ser menor de $ 500.000:00 de curso legal, suma que posteriormente y por transformación de nuestro sistema monetario, ha quedado reducido a ₲s. 5.000:00, suma al presente irrisoria. El Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades no fija el mínimum legal del capital de las sociedades de este tipo.

La fuente de nuestro artículo fija el mínimo del capital en cincuenta mil liras. Nosotros lo fijamos en ₲s. 500.000, pues, siendo el capital el modo originario de formación del patrimonio social y la única garantía que la sociedad ofrece a sus acreedores, tal como lo estatuye nuestro art. 1797 y así también lo entendieron los compiladores del Código italiano de 1942 (ver Grandi, Nº 1006, pág. 684), estimamos que el beneficio de la limitación de capital no debe conferirse a sociedades de muy insignificante patrimonio sin riesgo de verlas multiplicadas al favor de una liberalidad mal entendida en pequeñas entidades constituídas a iniciativa de elementos de aluvión para emprender en el comercio negocios de envergadura superior a su capital, algunos tan aventurados al punto de ponerles el agua al cuello y llevarlos directamente a la quiebra, pero sin importar a sus promotores y socios un ardite, concientes de la limitación de su responsabilidad respecto de terceros.

La misma razón aconseja llevar el fraccionamiento del capital a un mínimo de cinco mil guaraníes, que al tipo del 125% de cotización actual del dólar en el mercado libre, representa la ínfima suma de U$S. 39:68, al alcance de muchísimos ahorradores dispuestos a invertirlos en toda actividad productiva de un comercio practicado con honradez.

La dificultad que puede derivar de la aportación en especie inferior al mínimo o de un múltiplo de éste, puede ser superada con arreglo al in fine de nuestro artículo mediante la integración de la diferencia en dinero.

El presente Código no fija el máximo de capital que las sociedades de este tipo pueden integrar, porque los riesgos inherentes a su constitución, con la única garantía de su patrimonio a los terceros, sólo podrían ofrecerse si se permitiera la existencia de sociedades de responsabilidad limitada con un capital tan pequeño que elementos dispuestos a desafiar en el comercio la aventura, disimulen su irresponsabilidad patrimonial propia bajo la carátula de la autonomía de la personalidad jurídica del ente así creado. Prueba del temor que tales sociedades con razón inspiran es el art. 195 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, trasegado con variantes de forma del art. 10 de la Ley argentina Nº 11.645, por el que se estatuye **"Los socios garanten solidariamente a los terceros el cumplimiento de los aportes en efectivo y en especie, así como el valor que se atribuye a éstos en el momento de la contratación. En caso de transferencia de cuotas, esa garantía subsiste solidariamente con los cesionarios hasta dos años después de la inscripción de la cesión. Queda prohibido todo pacto en contrario".**

Sin desconocer que la sociedad de responsabilidad limitada es quid medium entre la sociedad por acciones y las sociedades personales, la garantía estatuida en el art. 195 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, contradice la esencia del tipo de sociedades impersonales que nos ocupa, caracterizada por la irresponsabilidad personal de los socios respecto de los acreedores sociales, en perfecta antítesis con la responsabilidad ilimitada de las sociedades de personas, como la colectiva, la comandita simple, cuyos socios colectivos y los comanditarios cuyos nombres se incluyen en la razón social responden ilimitada y solidariamente de las deudas sociales. (Ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 152 bis, Nº 7, pág. 539). En la comandita por acciones, sólo los socios colectivos responden ilimitada y solidariamente (art. 1788). El único caso en que en la sociedades por acciones (ex sociedades anónimas) responden los accionistas frente a los acreedores sociales, no satisfechos si la falta de pago de lo que la sociedad les adeuda es imputable a culpa de los liquidadores y sólo hasta la concurrencia de lo que dichos accionistas cobraron sobre la base del balance final de liquidación.

Tales son las razones por las cuales nos resistimos a trasegar a este Código el art. 191 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1801. — La sociedad debe constituirse por escritura pública. El acto constitutivo debe indicar:

1) el nombre y apellido, nacionalidad, edad, estado, profesión y domicilio de cada socio;

2) la denominación, la sede de la sociedad;

3) el objeto social;

4) el monto del capital suscrito e integrado;

5) la cuota de aportación de cada socio y el valor de los bienes y de los créditos aportados;

6) las normas según las cuales deben distribuirse las utilidades;

7) el número de sus administradores y sus poderes, indicando cuáles de ellos tienen la representación de la sociedad;

8) el número de los componentes del colegio de síndicos de los casos previstos en el art. 1814.

9) la duración de la sociedad.

Se aplican a la sociedad de responsabilidad limitada las disposiciones de los arts. 1656, último parágrafo; 1657, 1658, 1659, parágrafos primero y segundo; 1660 y 1669.

Ver: art. 2475 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley general de sociedades. Llama la atención que en este esbozo se calle el requisito de la escritura, la cual, según el art. 4º de la Ley argentina Nº 11.645, puede ser pública o privada, pero no omitida, pues, aun siendo privada, debe ser registrada para que pueda ser opuesta a terceros. Nosotros optamos por la escritura pública, por mucho que ella, por los gastos que irroga, haya de hacer onerosa la constitución de la sociedad, porque gracias a la solemnidad del acto público, podrá éste tener fecha cierta. Solá Cañizares y Aztiria la juzgan excusable por la escritura privada inscripta en el registro. (ver autores y opus cits. t. I, Nº 226. pág. 416).

La extrema claridad de nuestro artículo hace innecesaria su explicación.

Los requisitos de su Nº 1) responden a la necesidad de individualizar a los socios por razones de policía civil. Así, la nacionalidad, que también se exije, nada tiene que ver con el mismo requisito exigido por la legislación europea, porque la capacidad de goce y ejercicio de los derechos civiles reconocida por este Código a las personas de existencia visible, es independiente de su calidad de ciudadano (art. 8º). La fuente de nuestro artículo agrega la mención del nombre y apellido del padre del otorgante, que nosotros juzgamos supérfluo.

La denominación de la sede de la sociedad, mira a determinar la jurisdicción de los tribunales y la ley aplicable a la sociedad. Su omisión en el contrato no lo inficcionará de nulidad, porque la suple el hecho de tener ella su dirección o administración principal en el lugar de su establecimiento, como lo preceptúa nuestro art. 109. En el presente caso sin embargo, la indicación de la sede es inexcusable, de suerte que por su omisión podría el encargado del registro de las empresas negarse a tomar razón del acto constitutivo.

La mención del objeto de la sociedad se vincula a fines fáciles de comprender, como la manifestación de su licitud y la implícita limitación de los poderes de los administradores, en defecto de una restricción expresa del acto constitutivo, en cuanto los administradores, por amplios que sean sus poderes, no pueden realizar negocios ajenos al objeto de la sociedad, sin contraer una responsabilidad ilimitada y solidaria respecto de terceros y de la propia sociedad por los daños que puedan ocasionarles.

La declaración del monto del capital suscrito e integrado mira a dar a conocer a los terceros la garantía con que por sus contratos con la sociedad pueden contar. Es la manifestación concreta del activo sin cuyo conocimiento mal puede la sociedad obtener crédito bancario alguno, siquiera las instituciones de crédito no se den por satisfechas con conocerlo si no va acompañado de la manifestación de bienes y del respectivo balance, sea de apertura o de ejercicio.

La cuota de aportación de cada socio y el valor de los bienes y de los créditos aportados, asunto es en íntima relación con el monto del capital suscrito e integrado, en cuanto importa la obligación asumida en el orden interno por los socios de llevar cada uno a la sociedad la parte que en dinero, bienes o créditos le corresponde, dentro del mínimum legal de su cuota. El art. 1725 del Código civil peruano estatuye a este propósito que: **"Los socios son solidariamente responsables entre sí por la totalidad de los aportes que cada uno de ellos se obligó a poner en la sociedad"**. Esta decisión es más conforme con la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada que la del art. 10 de la Ley argentina Nº 11.645, trasegada al art. 195 del Anteproyecto argentino de Ley general de sociedades. El acto constitutivo puede establecer que los socios se obligan solidariamente a favor de la sociedad a integrar sus respectivas cuotas dentro de un término dado, sin perjuicio de las disposiciones legales relativas al procedimiento que debe observarse para exigir su cumplimiento.

Las normas según las cuales deben ser distribuídas las utilidades constituyen otro requisito inexcusable del acto constitutivo, porque miran a la finalidad misma de la sociedad, cual es la obtención de un lucro, como resultado del regular ejercicio de su actividad. Esas normas son la ley privada entre los socios.

No menos importante es lo estatuido en el acto constitutivo acerca del número de administradores, la especificación de sus poderes y la indicación de cuál de ellos queda investido de la representación de la sociedad respecto de terceros. Tampoco se omitirá la fijación del número del colegio de síndicos en los casos previstos por el art. 1814, ni la duración de la sociedad.

CAPITULO II

De las aportaciones y las cuotas.

Art. 1802. — Se aplican a las aportaciones de los socios las disposiciones de los arts. 1670 y 1671.

Ver: art. 2476 C. italiano; 194 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Caracterizando Solá Cañizares & Aztiria la cuota social en la sociedad de responsabilidad limitada, que podrían considerarse universales, enseñan que son:

1º limitación de la responsabilidad, como en la sociedad por acciones, y por oposición al interés de los socios en la sociedad colectiva; y

2º una restricción legal de la transmisión, que la distingue de la acción de las sociedades por acciones, las cuales son esencialmente negociables. (ver autores y opus cit. t. I, Nº 266, pág. 539).

En el presente Código, según se verá más adelante, la cuota es transferibles por actos entre vivos y por sucesión; puede ser cedida y embargada y subastada por orden de juez a demanda de los acreedores personales del socio.

Art. 1803. — Si el socio no efectúa el pago de su cuota en el término prescrito, los administradores pueden requerir al socio moroso para que lo efectúe dentro del término de treinta días.

Transcurrido inútilmente este término, los administradores podrán vender a riesgo y por cuenta del socio moroso su cuota por el valor resultante del último balance aprobado. Los socios tienen derecho de preferencia en la adquisición. En defecto de ofertas para la compra, la cuota será vendida en pública subasta.

Si la venta no puede tener lugar por falta de postores, los administradores podrán excluir al socio, con retención de las sumas cobradas, salvo el resarcimiento de daños mayores. El capital debe reducirse en la medida correspondiente. El socio moroso en la integración de su cuota no puede ejercer el derecho a voto.

Ver: art. 2477 C. italiano; 197 a 200 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, inspirados en lo fundamental en la Ley argentina N. 11.645, salvo en lo que respecta a la incorporación de herederos o legatarios de socios muertos.

El art. 10 del Decreto-Ley paraguayo Nº 10.293 es casi literalmente idéntico al art. 12 de la Ley argentina Nº 11.645, reproducido por el art. 197 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Como se verá más adelante el sistema del presente Código es el de libre transmisibilidad de la cuota, sea por actos entre vivos o por causa de muerte, que la ley paraguaya vigente subordina a condiciones cuando la cesión se hace a terceros extraños a la sociedad.

Sabido ésto se comprenderá que por renuencia del socio moroso a pagar el importe de su cuota, autorice el presente artículo a los administradores a vender a riesgo y por cuenta de él su cuota, por el valor resultante del último balance aprobado. El derecho de preferencia conferido a los socios es explicable, pues, mira a impedir que el socio moroso sea substituído por un desconocido que podría traer perturbaciones en la vida de la sociedad.

Nada se justifica tanto como el rigor del procedimiento que sigue para la venta en subasta pública de la cuota del socio moroso. Responde él a asegurar a la sociedad la integración del valor de la cuota prometida y a los acreedores sociales la garantía patrimonial con el que tienen el derecho de contar.

Ese procedimiento comprende dos fases: 1º la privada, diríamos, en que el socio es requerido por los administradores a integrar su cuota en el término de treinta días, transcurrido el cual sin que el interpelado la pague, queda constituído en mora; hecho lo cual, y siempre en privado, podrán los administradores vender su cuota a riesgo y por cuenta del moroso, por el valor resultante del último balance. Las ofertas deben hacerse en primer lugar a los otros socios, que gozan del derecho de preferencia a comprarla por el expresado valor; 2º la pública, de la venta en subasta que los administradores podrán disponer por falta de ofertas en el período anterior, siempre a riesgo y por cuenta del moroso. Si por falta de postores en el remate, la venta no fuese posible, los administradores podrán excluir al socio, con retención de las sumas cobradas, sin perjuicio del resarcimiento de los daños mayores. Hecho ésto, el capital será reducido en la medida correspondiente. El socio moroso no tendrá derecho a votar en la asamblea. (ver Grandi, opus cit. Nº 1009, pág. 686).

Art. 1804. — El acto constitutivo puede prever la obligación de los socios de cumplir prestaciones accesorias, caso en el cual se aplicarán las disposiciones de los apartados primero y tercero del art. 1673.

Las cuotas a las que es conexa la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles solamente con el consentimiento de los administradores.

Ver: art. 2478 C. italiano; 196 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Poco o nada es lo que tenemos que añadir a nuestra apostilla al art. 1674, salvo lo que a este propósito señala Grandi en su exposición de motivos del Código italiano de 1942 y es que la prestación accesoria encuentra en la sociedad de responsabilidad limitada un terreno más propicio por su íntima estructura y la mayor importancia que en ella tiene el elemento personal. La obligación de la prestación accesoria puede considerarse conexa a la cuota poseída por el socio que se ha obligado, determinando un vínculo a la libre disponibilidad de dicha cuota (ver autor y opus cits. Nº 1010, pág. 687).

No debe confundirse la obligación de prestaciones accesorias del presente artículo, novedad legislativa traída del derecho alemán, según lo explicamos en nuestra apostilla al art. 1673, con las llamadas cuotas suplementarias de capital a que se refiere el art. 196 del Anteproyecto de Ley General de sociedades, sólo exigibles por la sociedad mediante acuerdo de socios que representen más de la mitad del capital social

Art. 1805. — Las cuotas son transferibles por actos entre vivos y por sucesión por causa de muerte, salvo disposición contraria del acto constitutivo.

La transferencia de las cuotas producen efectos en relación a la sociedad desde el momento de su inscripción en el libro de los socios.

La inscripción de la transferencia puede tener lugar a petición del enajenante o del adquirente mediante la exhibición del título del que resulte la transferencia o bien mediante declaración hecha en el libro de los socios suscrita por el enajenante y por el adquirente y visada por un administrador.

Ver: art. 2479 C. italiano; 197 a 200 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Antes de ocuparnos de nuestro artículo, bueno es apuntar que el sistema de este esbozo, es, con pequeñas variantes, el mismo de la Ley argentina Nº 11.645, (art 12), según el cual la cesión de las cuotas está sometida a restricciones legales, reproducida por el art. 10 del Decreto-Ley Nº 10.298, sistema de inspiración francesa. (ver: Sola Cañizares y Aztiria, opus cit. t. I, Nº 284, pág. 573).
En principio, y según este sistema, deben distinguirse: a) la transferencia entre socios, la cual es libre, salvo condiciones restrictivas pactadas en el acto constitutivo; y b) la transferencia a extraños, prohibida sin el acuerdo de la mayoría de socios que represente las tres cuartas partes del capital, excluído el interesado, cuando la sociedad cuenta con más de cinco socios. No acordándose la conformidad de esta mayoría, el socio tiene el derecho de ocurrir al juez del domicilio de la sociedad, quien, luego de oir al interesado en juicio breve y sumario, puede autorizar la transferencia. Hecho esto, los otros socios pueden ejercer su virtual derecho de preferencia por su opción judicial de compra dentro de los quince días siguientes a la notificación. Siendo varios los interesados en adquirir la cuota en iguales condiciones que las ofrecidas por extraños, se distribuirá entre ellos a prorrata de sus respectivas cuotas si esto es posible, y en caso contrario, por sorteo. No habiendo socios interesados, o de quedar un saldo no cubierto, la sociedad será notificada de ello, y podrá ésta dentro de diez días, adquirir dicha cuota en las mismas condiciones, lo que se hará saber al juez. Si la adquisición no se hiciere con utilidades líquidas y realizadas, pero no distribuidas, o con reservas libres, las cuotas serán amortizadas mediante reducción del capital, sin perjuicio de terceros.
Como si este complicado procedimiento no fuera bastante largo, enmarañado y expuesto a gastos, agrega el art. 198 del citado Anteproyecto que "al ejercer los socios su derecho de preferencia o sea al aceptar la cesión, podrán impugnar el valor de la cuota, de modo a remitir su estimación al resultado de una pericia. Si la tasación pericial atribuyere a la cuota un valor menor que el ofrecido por extraños, todos los interesados quedarán obligados a dicho valor y los gastos y honorarios serán imputados por el juez equitativamente de conformidad con sus resultados. Si el valor resultare igual o superior, se abonará el precio ofrecido, pero las costas serán abonadas por los impugnantes.
Apenas si hace falta ahondar más allá de una superficial lectura de estos preceptos, para optar por el sistema italiano trasegado a nuestro artículo, de libre disponibilidad de las cuotas, salvo pacto en contrario del acto constitutivo, de inspiración alemana y austriaca.
Bien dice a este propósito Grandi en su exposición de motivos que "no parece oportuno aceptar el criterio de la inallenabilidad de la cuota a tercero sin el consentimiento de la sociedad que habría reducido este tipo de sociedad a ser un recinto cerrado de personas. Sin embargo, y siempre en atención a la mayor posible elasticidad que debe darse a la sociedad a fin de que los socios puedan ser instrumentos idóneos de su finalidad, parece oportuno dejar con estas miras la más amplia libertad de estipulación del acto constitutivo, y sólo a falta de cualquiera estipulación, proclamar la libre enajenabilidad. Naturalmente —agrega Grandi— la sociedad podrá aprovechar esta libertad de estipulación no sólo por la adopción de la norma de la inallenabilidad absoluta, sino también por el recurso a vínculos parciales y más tenues, como el de admitir sólo la enajenación entre socios, o bien por la atribución a los consocios un derecho de preferencia a la compra de la cuota ofrecida, o por la subordinación de la enajenación de la cuota al consentimiento de la asamblea (con determinada mayoría) o de los administradores. La cláusula del acto constitutivo constituiría indudablemente un importante argumento para decidir en los casos singulares respecto de la acentuación mayor o menor del elemento personal, y su consecuencia se reflejará de modo interesante en el procedimiento ejecutivo que tenga por objeto la cuota de participación.
"Adoptado el principio de la libre enajenabilidad de la cuota, salvo disposición contraria del acto constitutivo, —prosigue Grandi— con mayor razón este principio debe encontrar aplicación en el caso de transpasos hereditarios, en los que la transferencia aparece como consecuencia del evento natural de la muerte del socio. Aun en tales casos parece oportuno subordinar la transferencia de la cuota a la falta de toda estipulación: ya que en determinadas circunstancias la entrada de los herederos del socios difunto en la sociedad, podría constituir una violación de la compaginación social: de donde viene la necesidad de dejar a los fundadores, la facultad de regular del mismo modo una tal previsión, según su criterio. Naturalmente que, en tal caso, será el acto constitutivo el que regule la consecuencia del fallecimiento del socio en relación a la cuota no transferida a sus herederos". (ver autor y opus cits. Nº 1011, pág. 688).

Art. 1806. — La cuota puede ser objeto de ejecución.

La sentencia del juez que disponga la venta de la cuota, debe ser notificada, a pedido del acreedor, a la sociedad.

Si la cuota no es transferible libremente y el acreedor, el deudor y la sociedad no se ponen de acuerdo sobre la venta de dicha cuota, la venta tendrá lugar en subasta pública; pero si dentro de los diez días computados desde la adjudicación, la sociedad presentara otro interesado que ofrezca el mismo precio, la venta no producirá efecto.

Las disposiciones del parágrafo anterior se aplicarán también en el caso de quiebra de un socio.

Ver: art. 2480 C. italiano.
La cuota puede ser objeto de un procedimiento ejecutivo sobre la base de un título que apareje ejecución, la cual debe ceñirse a las normas procesales de nuestra ley de enjuiciamiento civil. Ocioso es que sólo el juez puede proveer medida tan extrema, la cual, caso de ser dictada, debe ser notificada a la sociedad en la persona del administrador que ejerza su representación respecto de terceros.
Mas como quiera que el acto constitutivo puede estatuir restricciones a la libre transmisibilidad de la cuota, por ejemplo a terceros, sin la conformidad de los administradores o de la sociedad misma, fácil es comprender que la orden del juez suscite un desacuerdo entre el socio, su acreedor y la sociedad, que nuestro artículo resuelve por la venta en subasta pública de dicha cuota, con la singularidad de que en este caso, debe el adjudicatario saber que su adquisición es subordinada a la condición resolutoria de si dentro de diez días computados desde la adjudicación presentase la sociedad otro interesado que ofrezca el mismo precio, la venta quedará sin efecto, decisión que sólo se explica en razón del factor personal preponderante en la formación del grupo de asociados en la sociedad de responsabilidad limitada. Messineo entiende que esta norma no es aplicable si el adjudicatario es un consocio, porque en tal caso habría desaparecido la ratio de la norma (ver utor y opus cit. t. V, parág. 52 bis, Nº 4, f), pág. 536).
El parágrafo 3º de nuestro artículo es igualmente aplicable en el caso de que por quiebra del socio sea su cuota llevada a remate público.

Art. 1807. — En el caso de cesión de la cuota, el cedente y el cesionario quedarán solidariamente obligados durante tres años computados desde la cesión, por las sumas debidas en concepto de integración de su valor.

El pago no puede ser exigido al socio cedente sino en caso de infructuosa excusión del cesionario.

Ver: art. 2481 del C. italiano. Mira el presente artículo a asegurar el efectivo cumplimiento de los aportes y garantizar la consiguiente formación del capital contra la eventualidad de la cesión de la cuota a un cesionario insolvente. Con esta preocupación estatuye nuestro artículo que cedente y cesionario quedan solidariamente obligados a pagar las sumas debidas en concepto de integración de la cuota. Mas como el cesionario bien podría ser insolvente, preceptúa el in fine de nuestro artículo que el pago no puede ser exigido al cedente sino en caso de infructuosa excusión del cesionario. (ver: Grandi, opus cit Nº 1012, pág. 689; y Messineo, opus cit. t. V, parág. 152 bis, Nº 4, pág. 537).

Art. 1808. — Salvo disposición del acto constitutivo, las cuotas son divisibles en el caso de sucesión por causa de muerte o de enajenación, siempre que se observen las disposiciones de los parágrafos segundo y tercero del art. 1800.

Si una cuota social se convierte en propiedad común de varias personas, se aplicará el art. 1675.

Ver: art. 2482 C. italiano; 203 y 200 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
En nuestra apostilla al art. 1800 hemos dado los fundamentos de la libre transmisibilidad de la cuota en caso de muerte de un socio a sus herederos, salvo pacto en contrario del acto constitutivo. Si, como con frecuencia ocurre, los herederos son más uno, ocioso es que, aun cuando la cuota sea divisible entre ellos pro numero vivorum, mal podría ser cada uno socio por su sucesión de su autor, sin alterar la mayoría resultante del acto constitutivo, razón por la cual estatuye nuestro artículo que si la cuota se convierte en propiedad común, se observará lo dispuesto en el art. 1672, de modo que los derechos de los copropietarios o coherederos sean ejercidos por un representante común.

Art. 1809. — En ningún caso la sociedad puede adquirir o recibir en prenda las cuotas de sus propios socios.

Ver: art. 2483 C. italiano. La razón es obvia: la adquisición de las cuotas de los propios socios importaría una disminución del capital y la consiguiente modificación del acto constitutivo; y la constitución de prenda sobre cuotas, podría desembocar en su adquisición en subasta pública, si la obligación prendaria no fuese pagada por el deudor.

CAPITULO III

De los órganos sociales y de la administración

Art. 1810. — Salvo disposición del acto constitutivo, la asamblea debe ser convocada por los administradores mediante carta certificada dirigida a los socios por lo menos ocho días antes de la reunión en el domicilio indicado en el libro de socios.

En la carta se indicarán el día, el lugar y la hora de la reunión y la enumeración de las materias del orden del día.

Ver: art. 2484 C. italiano; 2484 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Como en las sociedades por acciones, en la de responsabilidad limitada, el órgano máximo de administración es la asamblea, regida igualmente por el principio mayoritario, como se verá por el art. 1811. Dada la estructura más íntima de la sociedad y la segura identificación de los socios, a la luz del libro respectivo, su convocación es facilitada por nuestro artículo al preceptuar que para reunir la asamblea bastará con citar a los socios por carta certificada con una anticipación de por lo menos ocho días en el domicilio establecido en el libro de socios.

Art. 1811. — Todo socio tiene derecho a por lo menos un voto en la asamblea. Si la cuota es múltiplo de Gs. 50.000, el socio tiene derecho a un voto por cada cincuenta mil guaraníes.

Ver: art. 2485 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades, porque salvo lo preceptuado por su art. 210, según el cual son "subsidiariamente aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada las disposiciones de este título (sin indicarlo por su número, de donde inferimos que se refiere al título comprensivo de toda la ley) que mejor conformen con su naturaleza jurídica, de acuerdo a las características del contrato social de que se trata", la dirección, administración de la sociedad de responsabilidad limitada no es confiada a la asamblea, sino a uno o más gerentes, socios o no, investidos de los mismos derechos o facultades y obligaciones que los directores de la sociedad por acciones (anónimas), como lo estatuye su art. 204
El presente artículo, ceñido literalmente a su fuente, se refiere al modo de votación en la asamblea, y confiere el derecho a un voto por cada cincuenta mil guaraníes de participación, que es el común denominador de dichas cuotas.

Art. 1812. — Salvo disposición del acto constitutivo, la asamblea ordinaria decide con el voto favorable de un número de socios que represente la mayoría del capital, y la asamblea extraordinaria decide con el voto favorable de un número de socios que represente por lo menos dos tercios del capital social. A la asamblea de los socios se aplicarán las disposiciones de los arts. 191, 1692, 1693, 1695, 1699, 1700, 1701, 1702, 1703, 1705, 1706 y 1707.

A las sociedades de responsabilidad limitada no les está permitida la emisión de obligaciones.

Ver: art. 2482 C. italiano.
Nuestro artículo, como su fuente, no distingue entre asamblea de primera y de segunda convocatoria, ni hace referencia al art. 1698. Infiere Messineo de este silencio que debe interpretarse como inexistencia de una obligación de segunda convocatoria. Si la asamblea queda desierta, puede hacerse una segunda convocatoria, pero que se debe considerar como acto separado y no como reiteración del primero (a diferencia de la segunda convocatoria de asambleas de la sociedad por acciones). De ello deriva, —agrega nuestro autor— que no hay término de rigor para señalar una segunda convocatoria y que la enumeración de las materias a tratar puede, a voluntad de los administradores, ser absolutamente distinta de la enumeración de la primera. (ver autor y opus cits. t. V, parág. 152 bis, Nº 6, A), pág. 537 y ss).

Art. 1813. — Salvo disposición contraria del acto constitutivo, la administración de la sociedad debe confiarse a uno o varios socios.

Se aplican a la administración de la sociedad los arts. 1709, 1710, 1711, parágrafo primero, tercero y cuarto; 1712, 1713, 1714, 1715, 1716, 1718, 1719, 1720, 1721, 1722, 1723, 1724 y 1766.

Ver: art. 2487 C. italiano; 204 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades
El acto constitutivo puede autorizar que la administración sea confiada a no socios. A falta de esta estipulación, sólo los socios tendrán vocación a ser por derecho administradores.
Acotados, como están, en sus respectivas apostillas los artículos supletorios mencionados en el parágrafo 2º de nuestro artículo, no hace falta volverlos a explicar.

Art. 1814. — La designación del colegio de síndicos es obligatoria si el capital no es inferior a un millón de guaraníes o si se ha establecido en el acto constitutivo. En este caso se aplicarán las disposiciones de los arts. 1725 y siguientes.

Faltando el colegio de síndicos se aplicará el art. 1737.

Ver: art. 2488 C. italiano; 207 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
El colegio sindical no es obligatorio sino en el caso de que el capital de la sociedad de Gs. 2.000.000:00 por lo menos. Las sociedades de un capital menor no están obligadas a instituir un colegio sindical, pero son libres de hacerlo por el acto constitutivo. No existiendo colegio sindical, enseña Messineo, el contralor de la gestión social se convierte en un poder individual del socio singular, facultado a pedir a los administradores noticias sobre el desarrollo de los negocios sociales y a la comunicación de los libros; y un número de socios que represente por lo menos el tercio del capital, tiene derecho a realizar anualmente a su costa la revisión de la gestión social, como lo preceptúa el art. 1814. (autor y opus cit. t. V, parág. 152 bis, Nº 5, C), pág. 538).

Art. 1815. — En las sociedades en que no exista el colegio de síndicos, cada socio tiene el derecho a obtener de los administradores información acerca del desarrollo de los negocios sociales y a consultar los libros de la sociedad.

Los socios que representen por lo menos el tercio del capital tienen además el derecho a hacer practicar anualmente a su costa la revisión de la gestión de los administradores.

Es nulo todo pacto en contrario.

Ver art. 2489 C. Italiano

Art. 1816. — Además de los libros Diario e Inventario y de los documentos de contabilidad exigidos por la naturaleza y el volumen de la empresa, la sociedad debe llevar:

1) el libro de los socios, en el cual se deben asentar los nombres y apellidos de los socios y los pagos hechos sobre su cuota, así como los cambios en las personas de los socios;

2) el libro de sesiones y de deliberaciones de la asamblea, en el cual se

deben transcribir también las actas formalizadas por ante Escribano público;

3) el libro de sesiones y de deliberaciones del consejo de administración;

4) el libro de sesiones y de deliberaciones del colegio de síndicos, si lo hubiere.

Los tres primeros libros se deben llevar bajo la supervisión de los administradores y el cuarto bajo la dirección de los síndicos.

A los socios les corresponde el derecho de examinar los libros indicados en los números 1 y 2, y de obtener extractos de ellos a su propia costa.

Ver: art. 2490 C. italiano.

Art. 1817. — El balance debe ser redactado de conformidad con las disposiciones de los arts. 1751 y 1759.

Los administradores deben depositar copia del balance en la sede social, con la cuenta de las ganancias y las pérdidas y su Memoria, por lo menos quince días antes de la asamblea.

Si existe el colegio de síndicos se aplicará el art. 1760.

Ver: art. 2491 C. italiano.

Art. 1818 — Salvo disposición en contrario del acto constitutivo, la distribución de las utilidades a los socios se hará en proporción a sus respectivas cuotas de aporte.

Se aplicarán, además, las disposiciones del art. 1761.

Ver: art. 2492 C. italiano.

Art. 1819. — El balance aprobado por la asamblea, debe ser depositado en la oficina del registro de las empresas de conformidad con el art. 1763.

CAPITULO I V

De la modificación del acto constitutivo

Art. 1820. — Las modificaciones del acto constitutivo serán regidas por los arts. 1764 y 1765.

Ver: art. 2494 C. italiano.

Art. 1821. — En caso de aumento de capital se aplicarán en relación a las cuotas las disposiciones de los arts. 1766, 1765, 1769, 1770 primer parágrafo y 1800 última parte.

Ver: art. 2495 C. italiano.

Art. 1822. — La reducción del capital tendrá lugar en los casos y por los modos prescritos para las sociedades por acciones.

El límite mínimo del capital, a los efectos de los art. 1773 y 1775, es el indicado en el art. 1800.

En caso de reducción del capital por pérdidas, los socios conservarán los derechos sociales según el valor originario de las respectivas cuotas.

Ver: art. 2496 C. italiano.

Art. 1823. — A la disolución y a la liquidación de la sociedad se aplicarán las disposiciones de los arts. 1771 a 1780. La mayoría necesaria para el nombramiento y la revocación de los liquidadores es la exigida por el art. 1811 para la asamblea extraordinaria.

En caso de insolvencia de la sociedad, por las obligaciones sociales contraídas en el periodo en que las cuotas resultan haber pertenecido a una sola persona, ésta responderá de ellas ilimitadamente.

Ver: art. 2497 C. italiano.

TITULO X X X

DE LA TRANSFORMACION Y DE LA FUSION DE LAS SOCIEDADES

CAPITULO I

De la transformación de las sociedades.

Art. 1824. — La decisión de la asamblea de transformar una sociedad colectiva o en comandita simple en sociedad por acciones, en comandita por acciones o de responsabilidad limitada, debe ser formalizada en acta notarial autorizada por Escribano Público y contener las indicaciones prescritas por la ley para el acto constitutivo del tipo de sociedad que fuere adoptado.

Dicha decisión debe ir acompañada de una estimación del patrimonio social a tenor del art. 1671 y ser inscrita en el registro de las empresas con las formas prescritas para el acto constitutivo del tipo de sociedad que fuere adoptado.

Por la inscripción de la deliberación en el registro de las empresas, la sociedad publica respecto de terceros su personalidad jurídica y conserva los derechos y las obligaciones anteriores a la transformación.

Ver: art. 2498 C. italiano; 91 y 94 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 23 de la Ley argentina N: 11.645. Sin antecedentes en nuestro C. de comercio, ni en el C. de comercio italiano de 1882.

Aun sin ejemplos en nuestro país de sociedades transformadas en otras, nada hay que lo impida en lo venidero, como ha acontecido en las naciones de Europa, cuya vieja legislación comercial padecía de omisión a este respecto, pero cuyos doctrinadores no descansaron hasta lograr una nítida diferencia entre el caso de la previa disolución de una sociedad y su substitución por una nueva de distinto tipo, y el fenómeno de la transformación de una empresa social en otra de distinto tipo, sin que por tal cambio de su estructura legal se produzca una solución de continuidad en el curso de su existencia y de sus relaciones jurídicas como en el caso de previa extinción de la sociedad y su substitución por otra de distinto tipo. La transformación conserva la responsabilidad de la vieja sociedad y de sus socios con la conexa tutela de los acreedores sociales, de suerte que siendo así, como lo es, sus efectos se producen ex nunc, sin que exista sucesión entre ambas entidades, por lo que Berto la caracterizó como un caso de la novación de la subjetividad. (ver Messineo, opus cit. parág. 153, Nº 13, pág. 556; Grandi, opus cit. Nº 1021, pág. 695; Sola Cañizares y Aztiria, opus cit. t. II, Nº 535, pág. 351; Satanowsky Marcos, Estudios de Derecho Comercial, t. II, Nº 8, pág. 251).

Con estos fines estatuye nuestro artículo que la decisión de la asamblea por la que la vieja sociedad se transforma en otra de distinto tipo sea formalizada en acta notarial autorizada por Escribano Público, la cual debe contener todos los requisitos legales a que se subordina la validez del tipo de sociedad que fuere adoptado. Es natural, dice Grandi a este propósito que se deba observar según el caso, las disposiciones relativas al mínimo de capital. Para evitar que a consecuencia de la transformación se incurra en una excesiva valuación del capital de la sociedad transformada, capaz de inducir en engaño a los acreedores y socios futuros, prescribe nuestro artículo, como en el caso de aporte en especie de la sociedad por acciones y de responsabilidad limitada, que la valuación sea hecha por un perito designado por el juez, quien deberá referirse al íntegro patrimonio de la sociedad que se transforma, asimilado a un único aporte en especie. La resolución de transformación está sujeta a homologación del tribunal para su inscripción en el registro de las empresas. En este punto, nos apartamos de la fuente de nuestro artículo, según la cual sólo por la inscripción en dicho registro, la nueva sociedad adquiere personalidad jurídica. Nosotros, de acuerdo con la doctrina del presente Código, entendemos que la adquisición de la personalidad jurídica no nace de la inscripción, sino del pacto de asociación o sea del acto constitutivo, de suerte que siendo así la inscripción que sólo produce efectos retroactivos al día del acto, es meramente declarativa y no mira sino a publicar dicho acto respecto de terceros.

Para evitar que por la adopción de una forma social que comporte la limitación de la garantía de los acreedores a solo el patrimonio de la sociedad se resuelva en un daño a dichos acreedores, causado por la pérdida de la garantía subsidiaria de todo el patrimonio personal de todos los socios o de alguno de ellos, se había concebido antes de la codificación italiana de 1942 el sistema de la oposición facultativa de los acreedores, dentro de un cierto término, sistema ya vigente en los casos de reducción del capital y de fusión. Mas considerando los compiladores de dicho código que los acreedores sociales no tienen obligación de determinarse por lo que rece la inscripción, y que no es equitativo constreñirlos a sostener los gastos y gravámenes de un juicio para conservar su derecho, optaron por el principio ya reconocido por la doctrina prevaleciente y de la jurisprudencia según el cual la transformación no libera a los socios de responsabilidad ilimitada de su responsabilidad personal por las obligaciones anteriores, como lo preceptúa el artículo que sigue. (ver Grandi, opus cit. Nº 1022, pág. 696).

Art. 1825. — La transformación de una sociedad no libera a los socios

de responsabilidad ilimitada de su responsabilidad personal por las obligaciones sociales anteriores a la inscripción del acta de transformación en el registro de las empresas, si no resulta que los acreedores sociales han dado su consentimiento para la transformación.

Este consentimiento se presume si los acreedores, a quienes la decisión de transformación les haya sido comunicada por carta certificada, no han negado expresamente su adhesión dentro del término de treinta días desde la comunicación.

Ver: art. 2499 C. italiano; 92 y 93 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Explicado el presente artículo en nuestra apostilla al anterior, sólo nos resta por decir que el reconocimiento de la liberación por el expreso acuerdo de los acreedores sociales, o en su defecto por una presunción de consentimiento fundada en su simple silencio dilatado por treinta días computados desde que se les comunicó por carta certificada la transformación, mira a facilitar la liberación de los socios de responsabilidad ilimitada.
No parece que haya sido necesaria disposición especial, dice Grandi, para la transformación en sentido inverso que aumente la garantía de los acreedores, mediante el agregado de una responsabilidad subsidiaria que faltaba en la sociedad transformada; ni para la transformación que dejase inalterable la garantía preexistente, como la transformación de sociedad de responsabilidad limitada en sociedad por acción o vice versa. (autor y opus cit. Nº 1022, pág. 697).

Art. 1826. — En la transformación en sociedad por acciones o en comandita por acciones de una sociedad de otro tipo, cada socio tiene derecho a la asignación de un número de acciones proporcional al valor de su cuota según el último balance aprobado.

En la transformación de una sociedad de otro tipo en sociedad de responsabilidad limitada, la asignación de las cuotas debe hacerse con observancia del art. 1800.

Ver: art. 2500 C. italiano; 96 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. El presente artículo, como su fuente, mira a evitar injustas desigualdades entre socios en los casos de transformación en sociedad por acciones o en comandita por acciones de una sociedad de otro tipo en la que cada socio tiene su participación cifrada en una suma anotada en el último balance, por el reconocimiento de que se les asigne un número de acciones proporcional a su respectiva cuota.
En el caso contemplado en el último parágrafo de nuestro artículo, de transformación de una sociedad de otro tipo, por ejemplo de una sociedad colectiva, en sociedad de responsabilidad limitada, debe observarse la disposición relativa a la cuota de aporte y a su eventual integración en caso de deficiencia.

CAPITULO II

De la fusión de las sociedades

Art. 1827. — La fusión de varias sociedades puede llevarse a cabo mediante la constitución de una sociedad nueva o por la incorporación a una sociedad de una o de varias sociedades.

Ver: art. 2501 C. italiano; 100 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 193 a 196 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado; 354 inc. 3º de nuestro C. de comercio.
Por fusión en el orden económico y en su trascendencia jurídica se ha de entender toda unión libremente concertada de intereses patrimoniales con mira a fortalecerlos por su correspondencia y conformidad con los fines del ente autónomo creado para aglutinarlos. El derecho disciplina la fusión de sociedades, sean éstas de un mismo o distinto tipo. Dos son las especies de fusión conocidas en la práctica: la que tiene lugar por la constitución de una sociedad nueva que substituya a las que se fusionan; y la llevada a cabo por incorporación o sea mediante la absorción de una sociedad por otra que queda con vida, que es el sistema más frecuentemente aplicado. Estas dos especies de fusión aparecen por primera vez distinguidas en el Código civil italiano de 1942, por oposición a lo dispuesto acerca de esta materia en el Cdigo italiano de comercio de 1882, que omitió diferenciarlas.
La constitución de una nueva sociedad por fusión de dos que se extinguen, supone:
1º) el acuerdo de fusión, contentivo del proyecto de estatutos de la nueva sociedad;
2º) la disolución de ambas, pero sin liquidarse; y
3º) la constitución de la nueva sociedad con los socios y el capital de las sociedades disueltas. (ver Sola Cañizares, opus cit. t. II, Nº 561, pág. 387).
En este caso, la sociedad nueva sucede en las relaciones jurídicas de las sociedades que se fusionan.
En la hipótesis segunda, o sea de la absorción, la sociedad que supervive o sea la absorbente, sucede en las relaciones jurídicas de la sociedad absorbida conservando su propia personalidad y con ella su propia personalidad y sus propias relaciones jurídicas.
No se requiere en ninguno de ambos casos la extinción del pasivo de las sociedades que participan de la fusión, la cual, dice Grandi, constituiría un serio obstáculo a la actuación de la que supervive en el primer sistema o de la sociedad absorbente en el segundo. (ver autor y opus cits. Nº 1023, pág. 698).

Art. 1828. — La fusión debe ser decidida por cada una de las sociedades que participan en ella.

La decisión debe ser depositada para su inscripción en la oficina del registro de las empresas, juntamente con un balance de la situación patrimonial de la sociedad en el momento de la decisión, a tenor de los apartados primero, segundo y tercero del art. 1739.

Ver. art. 2502 C. italiano; 101 incs. I), II) y III); del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La decisión a que se refiere el parágrafo 1º del presente artículo es la que en asamblea extraordinaria de los socios de cada sociedad debe ser tomada por la mayoría respectiva. Y aun cuando este precepto no lo dice expresamente observa Grandi, a propósito de la fuente de nuestro artículo, que se estima necesaria también la homologación del acta de la asamblea por el juez para impedir, a través de un contralor preventivo de legalidad, cualquiera controversia acerca de la regularidad del procedimiento de fusión. (ver autor y opus cits. Nº 1023, pág. 698).
La inscripción del acta de las respectivas asambleas mira a su publicación respecto de los acreedores sociales, cuyo interés la ley tutela, no sólo por aplicación del segundo parágrafo del presente artículo, sino también por las disposiciones de los artículos siguientes.

Art. 1829. — La fusión no producirá efecto sino después de tres meses computados desde la inscripción de las resoluciones de las asambleas de las sociedades que participan en ella, salvo que conste el consentimiento de los respectivos acreedores, el pago de los acreedores que no prestaron su consentimiento o el depósito de las sumas que se les adeuda, en un instituto de crédito.

Durante el término indicado pueden los acreedores de las sociedades participantes en la fusión promover su oposición.

El juez, no obstante la oposición, puede disponer que la fusión tenga lugar previa prestación por parte de la sociedad de una garantía idónea.

Ver: art. 2503 C. italiano; 101 inc. IV) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 195 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.
Mira la presente disposición, como el art. 195 del C. de comercio italiano de 1882, a tutelar a los acreedores contra la eventualidad de un empeoramiento de la situación patrimonial de las sociedades que participan en la fusión, y subordine al concurso de una nueva masa de acreedores el ejercicio de su derecho de oposición. Resolviendo una cuestión hasta ahora dudosa se ha declarado que el derecho de oposición, en el caso de fusión por absorción, corresponde igualmente a los acreedores de la sociedad absorbente, cuya situación podría ser perjudicada por la absorción de una sociedad cargada de deudas. Buscando una manera de facilitar la ejecución de la fusión, se ha admitido la exclusión de la oposición, no sólo por el pago de todas las deudas o el depósito de las sumas correspondientes, en un instituto de crédito, a los acreedores que no han prestado su consentimiento, o mediante la prestación de una garantía idónea. Hecho esto, puede el juez autorizar la fusión. Se trata así de evitar que el derecho de oposición sea ejercido, como en la práctica ha ocurrido, como un arma de extorsión en mano de cualquier acreedor poco escrupuloso. (Grandi, opus cit. Nº 1023, pág. 698).

Art. 1830. — Si la sociedad absorbente o la nueva sociedad resultante de la fusión es una sociedad por acciones, en comandita por acciones o de responsabilidad limitada, la fusión debe ser hecha por escritura pública.

El acto de fusión debe ser depositado en todo caso para su inscripción por el Escribano autorizante o por los administradores, dentro de los treinta días, en la oficina del registro de las empresas.

Ver: art. 2504 C. italiano; 101 inc. V) del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 196 del C. italiano de comercio de 1832, ya abrogado.
No basta la decisión de la asamblea para que la fusión tenga lugar. La Ley exige que ella sea formalizada en escritura pública, cuando la nueva sociedad o la absorbente sean sociedad por acciones, en comandita por acciones o sociedad de responsabilidad limitada. El testimonio de la respectiva escritura y el balance al día de la decisión deben ser inscriptos en la oficina del registro de las empresas. Esta diligencia quedará a cargo o del escribano o de los administradores. Cualquiera de ambas especies de sociedad asumen los derechos y las obligaciones de la sociedad extinguida.
Con estas formalidades queda excluida la fusión de hecho.

TITULO XXXI

DE LAS SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO

Art. 1831. — La existencia y capacidad de las sociedades constituídas en el extranjero, serán juzgadas de conformidad con el art. XXXVIII del Título Preliminar del presente Código.

Si ellas fuesen de tipo diverso de las reguladas por el presente Código, sea que se limiten al ejercicio de actos jurídicos aislados o al habitual de los comprendidos en los fines de su institución, sea que acrediten sucursales o establezcan en el país otra especie de representación permanente, se sujetarán a las normas de las sociedades por acciones en lo que se refiere a las obligaciones relativas a la inscripción de los actos sociales en el registro de las empresas y a la responsabilidad de los administradores o representantes.

Sobre la primera parte, ver: art. XXXVIII del Título Preliminar de este Código; 285 y 287 de nuestro C. de Comercio; 2507 C. italiano; 145 del Anteproyecto agentino de Ley General de sociedades, del que nos apartamos en cuanto a la ley que rige la existencia, capacidad y forma de las sociedades constituídas en el extranjero, la cual, según dicho precepto es la ley del lugar de su celebración, al paso que nuestro artículo se remite a la ley del domicilio de dichas sociedades, conforme con el art. 4º del Tratado de Derecho civil internacional y el art. 8º del Tratado de Derecho comercial terrestre internacional, suscritos a 19 de marzo de 1940 en la Ciudad de Montevideo, y ratificados por Ley paraguaya Nº 266 del 19 de julio de 1955, que, como leyes supremas de la República, no pueden ser modificadas sino por otro Tratado.

El parágrafo primero del presente artículo regula la capacidad de que gozan en el Paraguay las sociedades constituídas en el extranjero que siendo del mismo tipo de las admitidas por el presente Código, se limiten a ejercer en el territorio de la República actos aislados y las acciones y derechos que les corresponda, casos en los cuales les bastará la presentación del testimonio fehaciente del acto de su constitución, del reconocimiento de su personería conforme con las leyes de su domicilio, todo debidamente legalizado, por el Cónsul del Paraguay en dicho lugar o en el lugar más próximo.

Mas si las mismas sociedades pretendiesen ejercer de modo habitual en el Paraguay los actos comprendidos en el objeto de su constitución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por este Código para el respectivo tipo de sociedad, porque no sería comprensible que las sociedades constituídas en el extranjero gocen de mayores ventajas de las constituidas en la República.

El parágrafo segundo del presente artículo se refiere a las sociedades constituidas en el extranjero pero que sean de tipo diverso de las admitidas por este Código. Respecto de ellas se dispone que, aun limitándose al ejercicio de actos aislados o al habitual de los comprendidos en los fines de su institución, por medio de sucursales u otra especie de representación permanente, deberán sujetarse a las normas de las sociedades por acciones en lo que se refiere a las obligaciones relativas a la inscripción de los actos sociales en el registro de las empresas y a la responsabilidad de los administradores o representantes.

Si el encargado del registro se negase a inscribir la sociedad de origen extranjero y de tipo diverso de los regulados por este Código, los interesados impetrarán la autorización del juez.

Art. 1832. — Hasta el cumplimiento de las formalidades indicadas en el artículo anterior, aquellos que obren en nombre de la sociedad responden ilimitada y solidariamente por las obligaciones sociales.

Ver: art. 2508 C. italiano; art. 148 parágrafo 2º del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

TITULO XXXII

DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS Y DE LAS MUTUAS DE SEGURO

CAPITULO I

De las sociedades cooperativas

Disposiciones generales

Art 1833. — Las sociedades con fines mutualista pueden constituirse como sociedades cooperativas ilimitada o limitada, de acuerdo con las disposiciones siguientes.

Ver art. 2511 C. italiano; 392 a 394 de nuestro Código de Comercio; 445 y 446 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Las sociedades de fines mutualistas son aquellas que, como su nombre lo dice, se fundan en un régimen de prestaciones mútuas entre socios, razón por la cual se las llama sociedades cooperativas, que vale tanto como decir sociedades de ayuda, auxilio, asistencia, protección recíprocos. Viene de aquí que por lo común, las cooperativas se organicen para suministrar bienes o servicios u ocasiones de trabajo directamente a los miembros de la entidad en condiciones más ventajosas de las que obtendrían en el mer-

cado, en lo que se diferencian de las empresas sociales en sentido propio, constituidas con el fin de repartir utilidades patrimoniales.. Explícase así nuestro artículo según el cual la denominación de cooperativa sólo puede ser usada por las sociedades de fines mutualistas. (Grandi, opus cit. Nº 1025, pág. 701).

Art. 1834. — En las sociedades cooperativas de responsabilidad ilimitada la sociedad responde con su patrimonio por las obligaciones sociales, y en caso de quiebra, responden con caracter subsidiario los socios solidaria e ilimitadamente a tenor del art. 1862.

Ver: art. 2513 C. Italiano; 392 de nuestro C. de comercio, según el cual las sociedades cooperativas deben adoptar para su constitución alguna de las formas establecidas en los capítulos anteriores, y quedarán sujetas a las respectivas prescripciones, con las modificaciones del presente Capítulo. Siendo así, las cooperativas disciplinadas por el citado Código podrán adoptar la forma colectiva, la anónima y la comanditaria por acciones (ver Segovia, opus cit. t. I, nota 1413, pág. 445). Natural es que si adoptan la forma de sociedad colectiva, se dará la responsabilidad ilimitada y solidaria de todos los socios, con la diferencia de que en éstas, esta responsabilidad es directa, al paso que en el de las cooperativas, dicha responsabilidad es sólo subsidiaria, después de excutidos los bienes constitutivos del patrimonio social.

Art. 1835. — En las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, la sociedad responde con su patrimonio por las obligaciones sociales. Las cuotas de participación pueden ser representadas por acciones.

El acto constitutivo puede establecer que en caso de liquidación coactiva administrativa o de quiebra de la sociedad, cada socio responda subsidiaria y solidariamente por una suma múltiplo de la propia cuota a tenor del art. 1862.

Ver: art. 2514 C. Italiano.

Art. 1836. — La denominación social, cualquiera sea el modo de estar formada, debe agregar que la sociedad cooperativa es de responsabilidad ilimitada o de responsabilidad limitada.

La denominación de cooperativa no puede ser usada por sociedades que no persigan fines mutualista.

Ver: art. 2515 C. Italiano; 449 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1837. — A las sociedades cooperativas se les aplican en todo caso las disposiciones referentes a las aportaciones y a las prestaciones accesorias, a las asambleas, a los administradores, a los síndicos, a los libros sociales, al balance y a la liquidación de las sociedades por acciones, en cuanto sean compatibles con las disposiciones siguientes.

Ver: art. 2516 C. Italiano.

CAPITULO II

Constitución

Art. 1838. — Las sociedades cooperativas deben constituirse por escritura pública. El acto constitutivo debe indicar:

1) el nombre y apellido, patria, edad, estado y domicilio de los socios;

2) la denominación, la sede de la sociedad y la eventual sede de sus sucursales;

3) el objeto social;

4) si la sociedad es de responsabilidad ilimitada o limitada, y, en este caso, si el capital social está repartido en acciones y la eventual responsabilidad subsidiaria de los socios.

5) la cuota de capital suscrita por cada socio, los pagos realizados y, si el capital está dividido en acciones, el valor nominal de éstas;

6) el valor de los créditos y de los bienes aportados en especie;

7) las condiciones para la admisión de los socios y el modo y el tiempo en que deben realizarse las aportaciones;

8) las condiciones para la eventual separación y para la exclusión de los socios;

9) las normas según las cuales se deben distribuir las utilidades, el porcentaje máximo de éstas, y el destino que se deba dar a las utilidades restantes;

10) las formas de convocatoria de la asamblea, en cuanto se deroguen las disposiciones de la ley;

11) el número de sus administradores y sus poderes, indicando cuáles de ellos tienen la representación social;

12) el número de los componentes del colegio de síndicos;

13) la duración de la sociedad.

El estatuto contentivo de las normas relativas al funcionamiento de la sociedad, aun cuando haya sido otorgado en acto separado, será considerado parte integrante del acto constitutivo, al cual debe ir adosado.

Ver: art. 2518 C. Italiano.

Art. 1839. — El acto constitutivo debe ser depositado dentro de los treinta días para su inscripción en el registro de las empresas por el propio escribano que lo autorizó o por los administradores, a tenor del art. 1658.

Ver: art. 2519 C. italiano; 447 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Este precepto se aparta de la fuente de nuestro artículo al autorizar que el acto constitutivo de la cooperativa pueda otorgarse en escritura bajo firma privada. Le basta su inscripción en el registro respectivo, para que tenga fecha cierta.

Art. 1840. — La variación del número y de las personas de los socios no importa modificación del acto constitutivo.

Aun cuando la sociedad sea de responsabilidad limitada, puede el monto de su capital no ser preestablecido.

Cada trimestre deben los administradores depositar en el registro de las empresas un informe de las variaciones de las personas de los socios con responsabilidad ilimitada y de aquellos que han asumido responsabilidad por una suma múltiplo del monto de la propia cuota.

Ver: art. 2520 C. italiano; 453 y 454 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

CAPITULO III

De las cuotas y las acciones

Art. 1841. — Ningún socio de las sociedades cooperativas puede tener una cuota superior a diez mil guaraníes, ni tantas acciones que su valor exceda de dicha suma.

El valor nominal de cada cuota o acción no puede ser inferior a Gs. 500.

El valor nominal de cada acción no puede ser superior a mil guaraníes.

Se aplicarán a las acciones las disposiciones de los arts. 1674, 1675, 1676 parágrafo primero; 1677 y 1682. Sin embargo, en las acciones no se indicará el monto del capital, ni los pagos parciales de las acciones no totalmente liberadas.

Ver: art. 2521 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Explicando Grandi la fuente de nuestro artículo dice que el principio de la limitación del importe máximo de las acciones que cada socio puede poseedor, mira a evitar que en la sociedad cooperativa se afirme el predominio exclusivo de algunas personas.

En el deseo de adecuar esta norma a nuestra economía general, fijamos en ₲s. 10.000:00 el monto máximo de una cuota, o de todas las acciones que una sola persona pueda poseer; y en ₲s. 500:00 el valor mínimo de cada cuota o acción, y en ₲s. 1.000:00 el valor nominal máximo de cada acción. (ver autor y opus cits. Nº 1027, pág. 704). En las cooperativas no existen acciones privilegiadas (ver art. 458 del Anteproyecto argentino de Ley General de Sociedades).

Art. 1842. — Puede autorizarse por el acto constitutivo a los administradores a adquirir o reembolsar cuotas o acciones de la sociedad, siempre que la adquisición o el reembolso se haga con sumas tomadas de las utilidades regularmente comprobadas.

Ver: art. 2522 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1843. — Las cuotas y las acciones no pueden ser cedidas con efecto contra la sociedad, si la cesión no es autorizada por los administradores.

El acto constitutivo puede prohibir la cesión de las cuotas o de las acciones con efecto contra la sociedad, salvo en este caso el derecho del socio a retirarse de la sociedad.

Ver: art. 2523 del C. italiano; 455 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Estatuído por el Nº 7) de nuestro art. 1838 que el acto constitutivo debe establecer las condiciones de admisión de los socios, por referencia a la categoría social de los eventuales asociados, por lo regular formada por personas de limitados recursos, como los empleados públicos, o reunidas en gremios, necesitadas de las ventajas inherentes a toda cooperativa, se explica que sus cuotas y acciones no sean subrogada por personas que por su holgura económica pueden subsistir sin beneficiarse de los servicios de la cooperativa. Mas si los estatutos prohiben la cesión, tiene el socio el derecho a retirarse de la sociedad El art. 453 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades preceptúa que retirándose un socio, no tendrá derecho a las reservas sociales.

Art. 1844. — El socio que no efectúa en todo o en parte el pago de las cuotas o de las acciones suscritas, puede, previa intimación por parte de los administradores, ser excluído a tenor del art. 1847.

Ver: art. 2524 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La falta de pago de la cuota o de la acción no autoriza el embargo y ejecución de la cuota o de la acción no liberada, sino sólo su exclusión, si intimado por los administradores no abona su valor. Como se verá más adelante, nuestro art. 1851 no permite que los acreedores particulares del socio accionen ejecutivamente, mientras dure la sociedad, sobre las cuotas y las acciones del socio deudor. La ley tutela así la economía del pequeño ahorrador que ha invertido sus escasos recursos en la adquisición de cuotas o acciones de la cooperativa.

Art. 1845. — La admisión de un nuevo socio se hace por decisión de los administradores a petición del interesado.

Los administradores anotarán en el libro de socios la admisión por ellos consentida del nuevo socio.

El nuevo socio debe abonar, además del importe de la cuota o de la acción, una suma complementaria que los administradores determinarán para cada ejercicio social, en relación a las reservas patrimoniales resultantes del último balance aprobado.

Ver: art. 2525 C. italiano; en contra el art. 450 segunda parte del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
La admisión de nuevos socios se halla muy simplificada por el presente artículo, pues, no se exige que su firma en el libro de socios sea autenticada por otros dos socios. Bastará que solicite su ingreso y que los administradores lo admitan, y lo anoten en el libro de socios, sin que esta anotación tenga valor constitutivo de la calidad de socio. Y para adecuar la condición del nuevo socio a la de los viejos, estatuye nuestro artículo que el que se incorpora a una cooperativa ya formada, debe pagar, además del importe de la cuota o de la acción, una suma suplementaria que los administradores deben determinar para cada ejercicio, en relación a la reserva patrimonial existente según el último balance (ver Grandi, opus cit. Nº 1027, pág. 704).

Art. 1846. — El socio que quiera retirarse de la sociedad en los casos en que su receso es admitido por la ley o por el acto constitutivo, deberá declararlo así y comunicarlo por carta certificada dirigida a los administradores de la sociedad, quienes lo anotarán en el libro de los socios a su cargo.

Su retiro producirá efecto con el cierre del ejercicio en curso, si se lo comunica tres meses antes y, en caso contrario, con el cierre del ejercicio siguiente.

Ver: art. 2526 C. italiano; 453 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1847. — La exclusión del socio, cualquiera fuere el tipo de sociedad, además del caso previsto en el art. 1844, podrá tener lugar en los

otros casos previstos en los arts. 1602 y 1604 parágrafo primero, y en los establecidos en el acto constitutivo.

Si la exclusión no tuviere lugar de derecho, deberá ella ser decidida por la asamblea de los socios o, si el acto constitutivo lo autoriza, por los administradores, y debe ser comunicada al socio.

Contra la decisión de exclusión, podrá el socio excluído, dentro del término de treinta días computados desde la comunicación, promover su oposición ante el juez, quien podrá suspender su ejecución.

La exclusión producirá sus efectos desde que los administradores la anoten en el libro de los socios.

Ver: art. 2527 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1848. — En caso de fallecimiento del socio, salvo que el acto constitutivo disponga la continuación de la sociedad con sus herederos, tendrán éstos derecho a la liquidación de la cuota o al reembolso de las acciones, según las disposiciones del artículo siguiente.

Ver: art. 2528 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1849. — En los casos de receso, exclusión o muerte del socio, la liquidación de la cuota o el reembolso de las acciones, tendrá lugar sobre la base del balance del ejercicio en que la relación social se disuelve limitadamente al socio. El pago deberá hacerse dentro de los seis meses computados desde la aprobación de dicho balance.

Ver: art. 2529 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1850. — El socio que deja de hacer parte de la sociedad responde a ésta por el pago de las aportaciones no integradas por dos años computados desde el día en que su receso, exclusión o la cesión de su cuota o de su acción ha tenido lugar. Por el mismo período, el socio saliente será responsable a los terceros, dentro de los límites de la responsabilidad subsidiaria establecidos en el acto constitutivo, en cuanto a las obligaciones contraídas por la sociedad hasta el día en que la cesación de la calidad de socio ha tenido lugar.

Del mismo modo y por el mismo plazo los herederos del socio difunto responderán a la sociedad y a los terceros.

Ver: art. 2530 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades; 227 del C. de comercio italiano de 1882, ya abrogado.
La responsabilidad subsidiaria a que se refiere el parágrafo 2º de nuestro artículo sólo será eficaz si el acto constitutivo la establece.

Art. 1851. — El acreedor personal del socio, mientras dure la sociedad, no podrá accionar ejecutivamente sobre las cuotas y las acciones del socio deudor.

En caso de prórroga de la sociedad, el acreedor particular del socio puede promover su oposición a tenor del art. 1633.

Ver: art. 2531 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Por oposición a lo dispuesto en relación a la cuota de participación del socio de la sociedad simple, que es suceptible, como cualquier otro elemento patrimonial, de ser afectado por la acción ejecutiva de su acreedor personal, quien puede hacer valer sus derechos sólo sobre las utilidades correspondientes al socio deudor y realizar actos conservativos sobre su cuota, el presente artículo niega acción ejecutiva al acreedor personal del socio, mientras dure la sociedad, sobre las cuotas y las acciones del socio deudor, porque dada la función social de las cooperativas en la ayuda prestada a sus asociados, por lo común de limitados recursos económicos, sería contradictorio con sus nobles fines permitir que por la acción de los acreedores personales del socio pueda el deudor verse privado de su cuota o de su acción. Nuestro artículo, como su fuente, permite que sólo en caso de prórroga de la sociedad puedan los acreedores personales del socio deudor promover su oposición, como en la sociedad colectiva.

CAPITULO IV

De los órganos sociales

Art. 1852. — Para que el socio pueda tener derecho a voto en asambleas se requiere que se haya inscrito en calidad de tal con una a cipación de por por lo menos de tres meses a la reunión de la asamblea.

Cada socio sólo tiene un voto, cualquiera que sea el valor de su cuot el número de sus acciones.

Sin embargo, en las sociedades cooperativas con participación de p sonas jurídicas, puede el acto constitutivo atribuir a éstas varios vot pero no más de cinco, en relación al monto de la cuota o de las acciones bien al número de sus miembros.

Las mayorías exigidas para la regularidad de la constitución de asambleas y para la validez de sus decisiones, serán calculadas según número de los votos correspondientes a los socios. Puede el acto constit tivo determinar las mayorías necesarias en derogación de los arts. 1696 1697.

El voto puede ser emitido por correspondencia si lo permite el acto con titutivo. En tal caso el aviso de convocatoria debe contener todas las cue tiones propuestas en el orden del día.

Ver: art. 2532 C. Italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedade El parágrafo primero de nuestro artículo mira a evitar la constitución de mayorías sorpresivas por incorporación en vísperas de la asamblea de gran número de nuevos socios a iniciativa y los auspic de persona; inescrupulosas interesadas en apoderarse de los resortes directivos de la sociedad.
La limitación a un voto del derecho a sufragar del socio, cualquiera sea el valor de su cuota o número de su cuota o el número de sus acciones, tiene por objeto evitar que los socios más adinerad influyan en las deliberaciones de la asamblea. Por excepción se autoriza que las personas jurídicas participan en la cooperativa puedan tener derecho a un máximo de cinco votos, si así lo prescribe acto constitutivo.
Las mayorías exigidas para la regularidad de la constitución de las asambleas y la validez de sus cisiones, no se computa por lo que el número de partícipes representen del capital social, sino por número de los votos computados en el acto de la reunión. Mas el acto constitutivo puede alterar preceptuado por los arts. 1696 y 1697 para la determinación de las mayorías, para la primera y se ounda convocatoria, especialmente cuando la cooperativa cuente con gran número de socios.
Para facilitar el funcionamiento de las asambleas permite nuestro artículo la emisión del voto por co rrespondencia, caso en el cual la convocatoria debe incluir todas las cuestiones propuestas en el orde del día para ser sometidas a consideración de la asamblea.

Art. 1853. — Si la sociedad cooperativas cuenta con no menos de quinientos socios y desarrolla su actividad en varios municipios, puede el acto constitutivo establecer que la asamblea sea constituída por delegados elegidos por asambleas parciales, convocadas en las localidades en que residan no menos de cincuenta socios.

Las asambleas separadas deben deliberar sobre las materias que constituyen el objeto de la convocatoria y en tiempo útil para que los delegados elegidos por ellas puedan participar en la asamblea general.

Los delegados deben ser socios.

El acto constitutivo deberá establecer además las modalidades para la convocatoria de las asambleas separadas, por el nombramiento de los delegados a la asamblea general, así como para la validez de las decisiones de las asambleas separadas y de la general.

Las mismas disposiciones se aplicarán a las sociedades cooperativas pertenecientes a categorías distintas, constituidas en número no inferior a trescientos socios, aun cuando no concurran las condiciones indicadas en el parágrafo primero.

Ver: art. 2533 C. Italiano; 462 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Este artículo limita su aplicación a las cooperativas con más de 500 socios, al paso que el nuestro, como su fuente, la extienda aun a las de menor número de socios, pero no inferior a 300. Hemos preferido trasegar literalmente el modelo en previsión del desarrollo económico ulterior de nuestro país, que si hoy cuenta con escaso número de cooperativas constituídas, por lo común por funcionarios públicos, y una sola, la de Villarrica, para el abasto de carne al consumo público, integrada por ganaderos de la región, podría en el futuro organizar cooperativas que abarquen toda la República, caso en el cual el presente artículo tendrá plena aplicación.

Art. 1854. — El socio no puede hacerse representar en las asambleas sino por otro socio, y en los casos previstos en el acto constitutivo. Cada socio no puede representar a más de cinco socios.

Ver: art. 2534 C. italiano; 461 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Este precepto limita la representación de socios en las asamblas a solo dos. La diferencia entre dos y cinco carece, en este caso, de toda trascendencia, por lo que optamos por la reproducción literal de la fuente.

Art. 1855. — Los administradores deben ser socios o mandatarios de personas jurídicas que tengan la calidad de socios. Dichos administradores deben prestar caución en la medida y por el modo establecidos en el acto constitutivo, salvo que hayan sido exonerados de prestarla por disposición del mismo acto.

El acto constitutivo podrá prever que uno o varios administradores o síndicos sean elegidos entre los pertenecientes a las distintas categorías de socios, en proporción del interés que cada categoría tenga en el activo social. No se aplicarán las disposiciones del segundo y tercer parágrafo del art. 1725.

El nombramiento de los administradores y de los síndicos es potestativo de la asamblea de socios.

Ver: art. 2535 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Por el presente artículo se mantiene el principio según el cual la sociedad debe ser administrada por socios, o por representantes de personas jurídicas que a su vez sean socios, y se deja al acto constitutivo la facultad de fijar la caución que deben prestar o de exonerarlos de la obligación de afianzar su responsabilidad por todo el tiempo que dure cada ejercicio social.
Las cooperativas constituídas con socios de diversa categoría, podrán decidir en sus asambleas que uno o varios administradores y síndicos sean elegidos entre socios pertenecientes a cada categoría y en proporción al interés que tengan en el activo social, pero en ningún caso será aplicable el art. 1725.
Al estatuir que el nombramiento de los administradores y los síndicos es potestativo de la asamblea nos apartamos de la fuente del presente artículo por el que, atento al régimen corporativo imperante en Italia al tiempo de la sanción del Código de 1942, se permite que el acto constitutivo atribuya al Estado o a las entidades públicas el nombramiento de uno o varios administradores o de los síndicos, ingerencia inconciliable con nuestra concepción de la libertad de todo negocio o actividad lícita del Derecho privado, con la más cuidadosa exclusión de la ingerencia del Estado o de los entes públicos en la administración de las sociedades civiles.

Art. 1856. — Cualquiera que sea el monto de los fondos de reserva legal, debe destinarse a ésta por lo menos la quinta parte de las utilidades líquidas anuales. La cuota de las utilidades no asignada a reserva legal ni distribuida entre los socios, debe ser destinada a fines de mutualidad.

Ver: art. 2536 C. italiano; 465 parág. 1º y último del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Explicando Grandi los fundamentos del art. 2536 del C. italiano dice que mira él a reforzar la base patrimonial a menudo exigua y mudable de la cooperativa por la destinación de la quinta parte de las utilidades líquidas anuales a fondos de reserva, cualquiera sea el monto reunido de éstas. Y para evitar que desnaturalizando la cooperativa sus fines de mutualidad se transforme en empresas especulativa, preceptúa además que las utilidades no asignadas a reserva legal ni distribuída entre los socios, se destinen a fines de mutualidad. (ver autor y opus cits. Nº 1028 pág. 706).

CAPITULO V

De las modificaciones del acto constitutivo

Art. 1857. — A las decisiones de la asamblea que importen una modificación del acto constitutivo se aplicarán las disposiciones del art. 1764.

A las decisiones por las que se reduzca la responsabilidad de los socios en relación a los terceros, se aplicarán las disposiciones del art. 1822.

Ver: art. 2537 C. italiano La claridad de este precepto nos exime de la obligación de explicarlo.

1858. La fusión de sociedades cooperativas se regirá por las disposiciones de los arts. 1827 a 1830.

Ver: art. 2538 C. italiano; 469 del Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades. Este precepto permite que las cooperativas puedan asociarse o fusionarse entre sí, pero les prohibe que puedan transformarse en sociedades anónimas, o de cualquier otro tipo, sin acuerdo de la autoridad permanente de contralor.
No se quiere así que el fin de mutualidad de la cooperativa se desnaturalice por su transformación en sociedad anónima, que por antonomasia sólo persigue fines de especulación.
Nuestro artículo se limita a autorizar la mera fusión de la cooperativa, entre sociedades del mismo tipo, se entiende.

CAPITULO VI

De la disolución y liquidación

Art. 1859. — La sociedad cooperativa se disuelve por las causas indicadas en el art. 1776, excluído el Nº 4, así como por la pérdida del capital social.

Ver: art. 2539 C. italiano. Sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.

Art. 1860. — Las sociedades cooperativas que tienen por objeto una actividad comercial cuyos bienes del activo resulten insuficientes para el pago de las deudas, están sujetas al procedimiento de la Ley de quiebras.

Ver: art. 2540 C. italiano, excepción hecha de su parágrafo primero por el cual se las expone a la liquidación coactiva administrativa dispuesta por la autoridad gubernativa que en Italia tiene a su cargo el contralor de la sociedad, porque si tal decisión es conforme con el régimen corporativo vigente al tiempo de la sanción del Código de 1942 en dicho país, no lo es con los principios rectores del presente Código.

Art. 1861. — En las cooperativas con responsabilidad subsidiaria ilimitada o limitada de los socios, responderán éstos en caso de quiebra por el pago de las deudas sociales en proporción a la parte de cada uno en las pérdidas, según un plan de reparto que se formará por los liquidadores. En la misma proporción se repartirán las sumas debidas por los socios insolventes.

Después de la declaración de quiebra, a menos que se haya concertado un concordato, queda a salvo la acción de los acreedores no pagados contra los socios singulares dentro de los límites de su responsabilidad subsidiaria.

Ver: art. 2541 C. italiano.
Organizada la sociedad cooperativa sobre bases estructurales distintas a las sociedades de otros tipos, la ley quiere, enseña Messineo, que se conozca si, además de la sociedad, responden eventualmente, y de qué modo, también los socios.
A diferencia de las sociedades de fines lucrativos, en las que la responsabilidad de los socios surge en caso de incumplimiento de la sociedad, en las cooperativas dicha responsabilidad no surge sino por declaración de quiebra que supone el estado de insolvencia de la sociedad.
Desde el punto de vista de la responsabilidad de los socios se dan tres tipos de cooperativas:
a) la cooperativa de responsabilidad ilimitada, en las que los socios responden subsidiariamente por las deudas sociales, en caso de quiebra, a tenor de lo dispuesto por el art. 1834;
b) la cooperativa de responsabilidad limitada, en la que los socios no responden con su patrimonio; y
c) la cooperativa de tipo intermedio, en la que, en virtud de una cláusula del acto constitutivo cada socio responde subsidiaria y solidariamente con el propio patrimonio, pero no ilimitadamente, sino solamente por una suma múltiplo de la propia cuota, conforme con el primer parágrafo del presente artículo. (ver autor y opus cit. t. V, parág. 153, Nº 5, pág. 547).
Clausurada la quiebra, a menos que se haya concertado un concordato, pueden los acreedores no pagados accionar contra los socios singulares, en la medida de su respecitva responsabilidad.

TITULO XXXIII

DE LAS SOCIEDADES DE SEGURO MUTUO

Art. 1862. — En las sociedades de seguro mutuo, las obligaciones sociales están garantizadas por el patrimonio social.

Los socios está obligados al pago de aportaciones fijas o variables, dentro del límite máximo determinado por el acto constitutivo.

En las sociedades de este tipo no se puede adquirir la calidad de socio sino asegurándose en la sociedad y se la pierde al extinguirse el seguro, salvo lo dispuesto por el art. 1864.

Ver: art. 2546 C. italiano; sin correspondencia en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Constituyendo las sociedades de seguro mutuo una especie de cooperativa se explica el sitio que su disciplina ocupa en este Código. Fundadas ellas en el mismo principio de mutualidad de las cooperativas, se comprenderá igualmente que se rijan por análogas normas a las del Capítulo anterior.
Su estructura es idéntica a la de la cooperativa de responsabilidad limitada.
Los socios de la mutua de seguros sólo responden en los límites de su contribución física o variable en un límite máximo determinado en el acto constitutivo.
La calidad de socio sólo se adquiere por la aseguración en la propia sociedad, y se la pierde correlativamente por la extinción del seguro.

Art. 1863. — Las sociedades de seguro mutuo están sujetas a las autorizaciones, vigilancia y contralor establecidos por las leyes especiales sobre ejercicio del seguro, y se regulan por las normas establecidas para las sociedades cooperativas de responsabilidad limitada, en cuanto sean compatibles con su naturaleza.

Ver: art. 2547 C. italiano. La extrema claridad de este precepto nos releva de la tarea de explicarlo.

Art. 1864. — El acto constitutivo puede prever la constitución de fondos de garantía para el pago de las indemnizaciones mediante aportaciones especiales por parte de asegurados o de terceros, a quienes por su cooperación se les atribuirá también la calidad de socios.

El acto constitutivo puede atribuir a los socios cooperadores varios votos, pero no más de cinco, en relación al monto de su aporte.

Los votos atribuídos a los socios cooperadores, como tales, deben ser inferiores, en todo caso, al número de los votos correspondientes a los socios asegurados.

Los socios cooperadores pueden ser nombrados administradores. La mayoría de los administradores debe estar constituída por socios asegurados.

Ver: art. 2548 C. italiano. Explicando Grandi este precepto dice que no siendo posible la formación en el primer año de ejercicio de la sociedad de seguro mutuo constituir fondos suficientes de garantía para el pago de las indemnizaciones, se admite junto con la contribución debida por los socios asegurados según el acto constitutivo, aportes posteriores de partes de los mismos socios o de terceros no asegurados, quienes por su cooperación asumen igualmente la calidad de socios.
Para alentar la afluencia de socios cooperadores —que pueden ser otras sociedades de seguro— y, con tales medios el refuerzo de los fondos, nuestro artículo garantiza a éstos una posición especial en la gestión de la sociedad, pero al punto de confiarles el predominio absoluto en relación a los asegurados ordinarios. A estos efectos se permite que por el acto constitutivo se les atribuya hasta cinco votos a cada uno, en relación al monto de su aporte, pero sin que el voto así se les atribuya supere nunca a los votos de los asegurados. Finalmente nuestro artículo permite que los cooperadores puedan ser nombrados administradores, pero sin que puedan detentar la mayoría en relación a los administradores elegidos entre los socios asegurados ordinarios. (ver Grandi, opus cit. Nº 1031, pág.)

TITULO XXXIV

DE LA SOCIEDAD EN PARTICIPACION

Art. 1865. — Por el contrato de sociedad en participación, el asentista o empresario atribuye al asociado una participación en las utilidades de su negocio, o de uno o varios negocios mediante la integración de un determinado aporte.

Ver: art. 2549 C. italiano; 233 del C. de comercio italiano de 1882; 395 y 396 de nuestro C. de comercio. Omitido en el Anteproyecto argentino de Ley General de sociedades.
Dado lo dispuesto en los arts. 395 y 396 y ss., de nuestro Código de comercio, bajo el título de "Sociedades accidentales o en participación", fácil será comprender por qué le reservamos este sitio en la disciplina general de las sociedades, a seguimiento de los contratos, inclusos los traídos por razones de unificación interna de nuestro Derecho privado, del Código de comercio, al Libro de las Obligaciones, tal como lo decidieron los compiladores del Código Civil italiano de 1942.
La sociedad en participación es para el empresario, dice Grandi, un medio de ampliar su esfera de actividad mediante la contribución patrimonial de otra persona, que en compañía de él afronta los riesgos y divide las utilidades de la empresa. Por natural atracción, dada la identidad fundamental de la disciplina, —agrega— se regula en este mismo Capítulo, aun las relaciones de sociedad en participación que sin referirse al ejercicio de una empresa, se limitan a un negocio singular o negocios aislados.
Siguiendo esta concepción de la sociedad en participación, el presente Código no le atribuye, como el art. 395 de nuestro C. de comercio, carácter exclusivamente comercial, y se limita a caracterizarlo, por una parte, por la contribución patrimonial de uno o más asociados sometidos al gestor de la empresa o del negocio,

y, por otra parte por la participación del asociado en las utilidades y eventualmente en las pérdidas que resulten (ver autor y opus cit. Nº 1033, pág. 710).
Conocida la acerba crítica de Segovia al art. 395 de nuestro Código de Comercio, se justifica que nos apartemos de su redacción, tan defectuosa, como es (ver Segovia, opus cit. t. I, nota 1426, pág. 448).
La verdad es que la sociedad en participación lo mismo puede servir para negocios mercantiles que civiles. Un criador de ganado puede asociar a su empresa a un veterinario para la ampliación de sus negocios, mediante un aporte en dinero, y con participación en las utilidades y las pérdidas que resulten bajo la dirección del primero. Un arquitecto podría asociar a su empresa a un dibujante. Un constructor de obras puede asociar a su negocio a uno o más obreros albañiles.
El director de un sanatorio puede asociar a un médico para la atención de la clientela. El farmacéutico que asocia a un idóneo tampoco realiza participación comercial. Y así sucesivamente.
Hechas estas aclaraciones, resumiremos en lo que sigue de esta apostilla el estado actual de la doctrina relativa a la sociedad en participación enseñada por Messineo en el substancioso Capítulo por él consagrado a esta materia.
El contrato que nos ocupa es consensual, sinalagmático, oneroso y de, de ordinario, no formal. Por sus caracteres, que pasamos a destacar, más se diferencia del contrato de sociedad que se le asemeja. En efecto, si en ambos contratos se da la cooperación económica de dos o más fuerzas para la realización de una empresa, su unión jurídica es diversa, porque si en la sociedad cada socio participa directamente y a título de igual en el negocio o empresa, en la sociedad en participación el asociado sólo pringa en las utilidades y en las pérdidas, pero no en la gestión social. Concretada su tajada a sólo ir a las ganancias y pérdidas, su derecho a las utilidades es un derecho de crédito contra el empresario, fuera de toda posibilidad de ejercicio directo sobre sus bienes.
Tampoco hay similitud en cuanto a las utilidades, que, en la sociedad, como pertenencia común, se divide entre los socios, al paso que en la sociedad en participación sólo el empresario las obtiene con la obligación de atribuir a su asociado la parte convenida de ellas, y el derecho correlativo de éste de exigirle el cumplimiento de lo pactado.
Viene de aquí el distinto significado que la palabra "participación" tiene en ambos contratos y la paradojal conclusión de nuestro autor cuando dice que la sociedad en participación excluye la participación, en sentido técnico del asociado en las utilidades.
La diferencia se acentúa al comparar los elementos estructurales de los dos contratos. Mientras en la sociedad, aun cuando fuere irregular, surge una autonomía patrimonial formada por los aportes de cada socio, o una comunidad de bienes; en la sociedad en participación no nace en ningún caso, pues, el aporte integrado por el asociado y a cambio del cual el empresario le asigna o atribuye parte de sus utilidades, si consiste en la transferencia del dominio de una cosa, no pasa a ser una cosa común o cosa de una supuesta entidad "asociación", sino una cosa del empresario.
Por excepción a lo dispuesto en nuestro art. 1597 y 1594 según los cuales la sociedad simple de dos o más personas da lugar al nacimiento de un ens tertium, o sea la personalidad jurídica del ente autónomo así formado, distinto de sus miembros y de los terceros, en la sociedad en participación no se forma un sujeto nuevo, un sujeto jurídico colectivo, porque la gestión de la empresa o del negocio sólo corresponde al empresario, único y exclusivo sujeto de los derechos y de las obligaciones respecto de terceros y vice versa.
Los derechos del asociado en relación al empresario son de orden interno, razón por la cual se ha dado en llamar a la sociedad en participación con el nombre de "sociedad tácita" o "subsocietas";
El asociado no asume responsabilidad ilimitada en relación al empresario. Antes al contrario su débito es limitado, como la del accionista en la sociedad por acciones o en la sociedad en comandita por acciones. Lo único que debe al empresario es el aporte que le prometió por el contrato. Las pérdidas que haya de soportar nunca podrán exceder el valor de su aporte.
La sociedad en participación no está sujeta a formas, según así resulta del silencio de la ley a tal respecto. Desde este punto de vista, se encuentra en la misma situación que la sociedad simple. La escritura privada o la escritura pública sólo podrá exigirse si así convienen las partes. Tampoco está sometida a su publicidad por el depósito del contrato en la oficina del registro de las empresas salvo la que concierne a los inmuebles y a los semovientes, sujetos a registro.
La transferencia de dominio que el asociado debe hacer de su aporte en bienes raíces a favor del empresario, es definitiva, salvo pacto en contrario. Puede el aporte consistir también en el goce de un bien inmueble, mueble, secreto industrial, patente etc., con tal que consista en un bien patrimonial que haya de beneficiar al empresario según lo que se estipule en el contrato respectivo.
La sociedad así constituída lo mismo puede referirse a toda la actividad del negocio del empresario que a un negocio singular.
En relación a los terceros, el empresario es exclusivo dominus y gestor del negocio o de la empresa, como si no existiera un asociado, destituído como está de toda ingerencia en la gestión y aun cuando concurra en la gestión, de acuerdo al contrato. Así, pues, sólo el patrimonio del empresario queda comprometido respecto de terceros por las obligaciones de la empresa. El empresario obra in nomine proprio, no en virtud de representación, como el administrador de una sociedad. En las relaciones internas, sólo está obligado respecto del asociado a hacerle partícipe de las eventuales utilidades.
La responsabilidad del asociado se limita al monto de su aporte. Integrado éste, queda a cubierto de los riesgos ulteriores que la actividad del empresario o que circunstancias objetivas hagan recaer sobre el negocio, objeto de la sociedad, o sobre toda la empresa del empresario.
El asociado no entra en relación con los terceros aun cuando la relación de sociedad en participación sea conocida de los terceros o sea notoria.
Los derechos correlativos de empresario y asociado son:
a) el del primero a exigir del segundo la prestación de su aporte, por todos los medios coactivos, concedidos por la ley al acreedor. Si el aporte ha pasado a ser propiedad de él, podrá ejercer la acción reivindicatoria contra terceros y contra el propio asociado que le haya despojado de la posesión del bien de que se trata.
b) el segundo, tiene derecho a las utilidades, y por incumplimiento del empresario a la rendición de cuentas, periódica o definitiva, según el contrato.
Sólo si una cláusula contractual faculta al asociado tendrá éste derecho al contralor de la empresa.
Por lo demás, participa en las pérdidas en la misma medida que participa en las utilidades, salvo pacto en contrario del llamado pacto leonino, que la ley no prohibe en este caso.
Las demás peculiaridades de la sociedad en participación serán consideradas a propósito de los artículos siguientes (ver autor y opus cits. t. VI parág. 153 ter., Nºs 1 a 16, pág. 3 y ss.).

Art. 1866. Salvo pacto en contrario, el empresario no puede atribuir participaciones en una misma empresa o negocio a otras personas sin el consentimiento de los anteriores asociados.

Ver: art. 2550 C. Italiano. La sociedad en participación no puede ser extendida por el empresario a otras personas sin el asentimiento de los originalmente asociados, salvo pacto en contrario. La razón de una derogación de la regla, asunto es que no podría explicarse sin consideración a las circunstancias particulares de cada caso. Las partes son libres de convenir en ello.

Art. 1867· — Los terceros adquieren derechos y asumen obligaciones solamente en relación al empresario.

Ver: art. 2551 C. italiano. La razón de este precepto ha sido ya explicado.

Art. 1868. — La gestión de la empresa o del negocio corresponde al empresario. El contrato puede establecer el contralor que el asociado pueda ejercer sobre la empresa o el desarrollo del negocio para el que la sociedad se ha constituido.

En todo caso, el asociado tiene derecho a la rendición de cuentas del negocio realizado, o a la rendición de cuentas anual de la gestión si ésta se prolonga por más de un año.

Ver: art. 2552 C. italiano. También este precepto ha sido ya aclarado.

Art· 1869. — Salvo pacto en contrario, el asociado participa en las pérdidas en la misma medida en que participa en las utilidades, pero las pérdidas que afectan al asociado no pueden superar el valor de su aporte.

Ver: art. 2553 C. italiano.

Art. 1870. — Las disposiciones de los arts. 1867 y 1868 rigen también el contrato por el cual una persona coparticipa en las utilidades de una empresa sin responsabilidad por las pérdidas, y al contrato por el cual un empresario atribuye a otro participación en las utilidades y en las pérdidas de su empresa, sin el aporte correspondiente.

Las participaciones en las utilidades atribuídas a los prestadores de trabajo, se determinarán sobre la base de las utilidades netas de la empresa, pero no conferirán la calidad de socio.

Ver: art. 2554 C. italiano. Bien dice Messineo a propósito de este precepto que pareciera que no tuviese justificación económica ni jurídica. Estima, empero, que este tipo de sociedad en participación se establece, de ordinario, mutuamente, y que está inspirado en el propósito de establecer una comunidad de intereses entre los partícipes, con el propósito de eliminar la competencia, o sus efectos.
Para comprender mejor las hipótesis contempladas en nuestro artículo debemos suponer que dos industriales, productores de artículos similares dentro del mismo mercado, y que, por consiguiente, se exponen a la competencia recíproca, buscando manera de eliminar sus perniciosos efectos, interesa cada uno al otro en su empresa y le hace cointeresado en las utilidades de su negocio, pero sin responsabilidad en las pérdidas, o bien le atribuye participación en las utilidades y en las pérdidas, pero sin que cada cointeresado haya integrado su aporte.
No es, pues, el clásico contrato leonino, reprobado por todas las leyes. (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 154 Nº 4, pág. 21).

TITULO XXXV

DE LAS DONACIONES

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 1871· — La donación es el contrato en virtud del cual, movido el donante de espontáneo espíritu de liberalidad y a expensas de su patrimonio, enriquece al donatario con la asunción gratuita a su favor de una obligación o de la promesa de transferirle de gracia un derecho patrimonial presente y no accesorio, que éste acepta.

Ver: arts. 516 C. alemán; 239 C. Federal suizo de las Obligaciones; 769 C. italiano; 894 C. francés; 1454 C. de Luisiana; 618 C. español; 1386 C. de Chile; 662 C. boliviano; 1165 C. brasileño; 1613 C.

uruguayo; 1789 C. argentino; 1443 C. colombiano; 1442 C. ecuatoriano; 1452 C. portugués; 1431 C. venezolano; 1466 C. peruano; 2332 C. mexicano; 1404 C costarricense; 697 del Apéndice del C. de Guatemala; 2756 C. nicaraguense; 1296 C. hondureño; 406 C. Civil de la República de China; 354 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2119 del Esboço de T. de Freitas; 1564 del Anteproyecto de Bibiloni; 969 del Proyecto argentino de 1936.

La definición de nuestro artículo reune los requisitos fundamentales de la donación, destacados por la doctrina moderna:

A) Es un contrato, y no un acto como a sugestión del Primer Cónsul le llama el art. 894 del C. francés, y a su imitación los arts. 1050 del C. italiano de 1865, 1454 del C. de Luisiana, 662 del C. boliviano; 1386 del C. chileno; 1443 del C. colombiano; 1442 del C. ecuatoriano, sin advertir el el error de Napoleón que confundía el contrato bilateral con el contrato unilateral.

Como el contrato supone la capacidad y el consentimiento de sus otorgantes, es por antonomasia inter vivos, por lo que no hace falta agregar este concepto, como lo expresa el art. 1789 del C. argentino. (Savigny, Sistema t. III, parág. 144, pág. 18).

B) La gratuidad, que en derecho contractual significa que una de las partes entinde obtener de la otra una ventaja sin una prestación equivalente a su cargo, como en otros términos reza el parág. 2º del art. 1139 del C. argentino. No hace falta agregar que la contraprestación debe ser presente, porque si el donatario la hubiere hecho en el pasado o la pudiese hacer en el futuro, no cambiaría el aspecto de la graciosidad acordada por el donante.

C) El animus donandi, que es el elemento subjetivo intencional de donar, de vital importancia en cuanto reviste los atributos de la verdadera causa de la coactividad, diremos, inherente a toda manifestación de voluntad cumplida con discernimiento, intención y libertad a tenor de la preceptuado por nuestro art. 502, y así lo explicamos en la respectiva apostilla.

D) La necesidad de que la donación tenga por objeto un derecho patrimonial presente y no accesorio. No se comprende la donación de derechos futuros. Tampoco la validez de la que tenga por objeto derechos accesorios. Los contratos por los cuales se confiere una simple ventaja a otro, no constituye donación, como el comodato, el mutuo sin intereses, la aceptación de un depósito a favor de otro que por virtud de tales contratos, resulta favorecido. En el c o m o d a t o y el mutuo son el comodante y el mutuario los que adquieren un derecho, cual es el derecho a la restitución, el cual no es adquirido a título gratuito porque representa el equivalente de la dación. De igual modo, en el depósito el derecho del depositante a la restitución no es sino la consecuencia del propio depósito. Lo que de gratuito se ofrece en estos casos es la ventaja que el mutuario, el comodatario y el depositante obtienen del uso de la cosa o de la custodia prestada, pero esto es en el tipo puro de estos negocios, un derecho tan limitado que a falta de pacto en contrario, el que ha dado la cosa puede reclamarla en cualquier momento. Estos contratos no son sino meros favores.

E) Aunque omitido en el texto de nuestro artículo, es también requisito de la donación su irrevocabilidad al arbitrio del donante. Como se verá más adelante todos los casos de revocación admitidos por el presente Código evidencian que la donación es independiente del arbitrio del donante, por oposición a la **donatio mortis causa** (Iulianus, libro 29 Digestorum), la cual estaba subordinada a la doble condición de la supervivencia del donante al donatario y a la perseverancia de la voluntad liberal del donante usque **ad mortem**. (ver Ascoli, Trattato delle Donazioni, pág. 37 a 161; De Ruggiero, Instituciones, t. II, vol. I, pág. 472 y ss.; Barassi, Instituzioni, Nº 225, pág. 469.

F) El espíritu de liberalidad debe ser espontáneo, porque como dijo Grenier en su Informe al Tribunado francés, no pudiendo el legislador considerar las disposiciones gratuitas de bienes con los mismos ojos que los otros actos, la ley redobla sus precauciones para preaver al hombre contra las acechanzas de la codicia, que puede espiar un instante de debilidad o provocarla con el objeto de arrancar una liberalidad . (Jaubert, **Rapport au Tribunat**). Viene de aquí que se proscriban todos los actos de disposición que no sean la expresión de una voluntad independiente y espontánea, y que por consiguiente sean anulables las donaciones aceptadas por los tutores y curadores de los bienes de las personas que han tenido a su cargo, antes de la rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare (art. 1808 inc. 4º del C. argentino). La Ley paraguaya Nº 236 prohibe por su art. art. 12 el contrato de donación entre esposos, prohibición reiterada por el art.184 del presente Código. Esta prohibición se funda: 1º en que el cónyuge donante, puede obrar por captación, que lo mismo puede lograrse por influencia del amor, como por acción dolosa, con que se oblitera la voluntad del disponente. El art. 900 del C. francés preceptúa que: "**Los doctores en medicina y cirugía, practicantes y farmacéuticos que hayan asistido a una persona en su última enfermedad, no podrán aprovecharse de las disposiciones entre vivos o testamentaria que aquella hiciere en su favor mientras estuviera enferma**". (ver: Bédarride, **Traité Du Dol et de la Fraude**, t. I, Nº 368, pág. 392); y 2º porque en el caso de una colusión entre esposos, bien podría el marido deudor transferir su activo patrimonial a su esposa y presentarse como insolvente a sus acreedores, siquiera expuesto a una accion pauliana.

G) El empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario. Requisito es éste relativo al aspecto material de la donación, como consecuencia directa de la "**asunción gratuita de una obligación a favor del donatario o de la promesa de transferible de gracia un derecho patrimonial presente y no accesorio**", que dice nuestro artículo.

No decimos que esto sea consecuencia de la "**transferencia**" de la propiedad de una cosa, porque como bien lo observa Bibiloni "la propiedad de las cosas no se transfiere por el acto jurídico constitutivo de donación", sino por la tradición (ver autor y opus cit. t. II, pág. 306). Viene de aquí que este jurista haya notado de impropiedad el verbo **transferir** empleado en la redacción del art. 1789 del C. argentino. Es **peccata minuta** de Vélez Sarsfield que no podía ignorar aquel pasaje de las Pandectes atribuído a Paulus: "**Obbligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum (aut servitutem nostram) faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum**" (fr. 3, Dig. 44, 7). La frase entre paréntesis es, a juicio de más de un romancista moderno, una interportación justiniana (ver: Albertario, **Studi di Diritto Romana — Obligazioni**, pág. 1 y ss.; Perozzi, **Instituzioni di Diritto Romano**, t. II, pág. 15; y Marchi, **Le definizioni romane dell'obbligazioni**, in Bullettino dell'Instituto di diritto romano, pág. 22 y ss., año 1917, in Pacchioni, **Delle Obbligazioni in Generale**, t. I, Nº 2, pág. 5; Ferrini, **Manuale de Pandette**, Nº 403, pág. 407; Barassi, **La Teoría Generale delle Obbligazioni**, t. I, pág. 79; Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, pág. 370, versión castellana de Bacci y Larrosa, etc.).

El requisito del **enriquecimiento y del empobrecimiento correlativo**, no es novedad alguna. Cosa vieja es, reverdecida con ocasión de la compilación del Código Civil del Imperio alemán, cuyo art. 516 es un trasunto de la doctrina de Savigny (Sistema, t. III, parág. CXLV, pág. 22, versión castellana de Mesía y Poley), de Windscheid, (**Diritto delle Pandette**, con notas de Fadda y Bensa, t. II, parág. 365), y demás pandectistas germanos, citados por Ascoli: Arndts-Serafini, (**Pandette**, parág. 80); Vangerow, (**Pandette**, parag. 121); Waechter, (**Pandette**, parág. 196); Puchta, (**Pandette**, parág. 68); Boecking, (**Pandette**, parág. 106); Dernburg, (**Pandette**, t. II, parág. 106); etc.

El Código italiano de 1942, en buena parte influído por el derecho germánico, se sirve de parecidos términos en su art. 769, y en la misma medida el art. 1564 del Anteproyecto de Bibiloni, pero no por el art. 969 del Proyecto argentino de 1936 que desdeñó seguirle en este punto.

Renovada esta doctrina por Enneccerus para explicar (Derecho de Obligaciones, vol. II, Doctrina Especial, parág. 120, Nº 2, pág. 110, versión castellana de Pérez González y Alguier), que sin el mencionado requisito no hay donación, como en el caso de repudiarse una adquisición que no ha tenido lugar todavía, o que aun no tiene carácter definitivo, (así la repudiación de una herencia o de un legado no adquiridos) y prestigiada ella por la ejecutoria del Código italiano de 1942, nos pareció aventurado tenerlo a menos al definir la donación por el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario,

en el sentido en que los romanos entendían la locupletatio del que recibe un bien salido del patrimonio de otro, pero sin un sacrificio patrimonial correlativo de su parte.
H) La aceptación del donatario es de rigor para la perfección del contrato, la cual puede ser expresa o tácita.

Art. 1872. — Habrá donación indirecta por la renuncia pura y simple que a título gratuito haga por escritura pública el heredero o el legatario, de sus derechos hereditarios el primero, o del legado el segundo, con o sin designación del o de los coherederos en cuyo favor abdique, casos en los cuales se presume que lo hace con la intención de enriquecer al o a los coherederos beneficiarios de su renuncia y a quienes la sucesión sería deferida como si el renunciante nunca hubiere existido.

La disposición del parágrafo precedente se aplicará también a la cesión que a título gratuito hiciere el heredero de sus derechos hereditarios, sea a favor de sus coherederos o de terceros.

---

er: art. 1565 del Anteproyecto de Bibiloni; 969 del Proyecto argentino de 1936; y arts. 3322 in fine, 3353, 3354 y 3355 del C. argentino, y 1248 del presente Código. En contra: art. 194 C. de Chile; 1451 C. colombiano; 1450 C. ecuatoriano; 701 C. guatemalteco.
Bibiloni, influído por la doctrina expuesta por Savigny sobre la Donación (Sistema del Derecho Romano Actual, t. III, parág. CLX, pág. 100 y ss.), comprende entre los objetos de la donación toda "renuncia de derechos patrimoniales o la pérdida por omisión en el ejercicio de ellos hecha gratuitamente con ánimo de beneficiar a otra persona, que se enriquece por efecto de dichos actos", art. 1565), pero nosotros, admitiendo, en principio, como objeto de donación la renuncia de derechos patrimoniales, como son los hereditarios, ya deferidos, se entiende, juzgamos inadmisible que también pueda considerarse como tal la "pérdida por omisión en el ejercicio de ellos", dado que en tal hipótesis el derecho no sería adquirido, sino una mera expectativa. El que omite ejercer su derecho, no lo incorpora a su patrimonio, no lo adquiere, de suerte que siendo así, mal podría donarlo, porque la donación supone la transferencia de un bien patrimonial, que en este caso, no se daría. Tales son las razones por las cuales limitamos la admisión de la donación, que los jurisconsultos franceses llaman "indirecta", a la renuncia gratuita que un heredero haga de su porción hereditaria en favor de sus coherederos, porque por disposición del art. 3322 in fine del C. argentino, la renuncia, gratuita o no, que un heredero haga de sus derechos hereditarios a beneficio de sus coherederos, importa aceptación. La renuncia es, pues, una manera de adquirir la herencia. Si la abdicación es gratuita, surge la presunción de querer enriquecer a sus destinatarios. Extendemos esta regla a la cesión que el heredero haga de sus derechos hereditarios a favor de terceros, la cual, a tenor del primer parágrafo del citado art. importa igualmente aceptación. Y harto se sabe que la enajenación a título gratuito de una herencia se rige por las reglas de la donación, como lo estatuye nuestro art. 1248, traslego, en parte, de lo preceptuado por el art. 1437 del C. argentino. Tanto en el caso de renuncia pura y simple de derechos hereditarios sobre una parte o todo el patrimonio dejado por el difunto, como en el de cesión, se debe entender que en la donación se comprende el activo y las contrapartidas del pasivo, de suerte que su beneficiario no pueda recoger los bienes del activo sin antes haber pagado las obligaciones que lo gravan.
La sucesión universal de una herencia, enseña Ascoli, es posible sólo en el caso de que la herencia no haya sido todavía aceptada por el heredero que renuncia con el fin de donarla al sustituto o al heredero más próximo. Siendo contractual esta renuncia es donación, porque es la atribución gratuita de un derecho patrimonial que el renunciante hace al donatario. El heredero que renuncia, siquiera no haya aceptado la herencia, se despoja de una parte de su patrimonio, porque, como observa nuestro autor, en substancia, tanto vale transmitir un derecho propio cuanto renunciarlo para hacerlo adquirir de otro conforme a un acuerdo especial. Explícase así que por ficción de la ley se equipare la renuncia de la herencia a su aceptación, como lo preceptúa el in fine del art. 3322 del C. argentino. El donatario deviene por consecuencia de la renuncia hecha a su favor sucesor universal del de cujus, a quien pasan directamente todos sus derechos y todas sus obligaciones. Estos derechos y estas obligaciones no le son transmitidos por el renunciante, sino por su aceptación de la herencia. Por el contrato de renuncia no es la calidad de heredero la que se transmite al donatario. El renunciante sólo ha suprimido el obstáculo que se oponía a que la relación de parentesco tuviese efecto ventajoso para el donatario (autor y opus cits pág. 198).

Art. 1873. — La donación no puede comprender sino los bienes presentes del donante. Si comprendiere también bienes futuros, será nula respecto de éstos, salvo que se trate de frutos no separados todavía.

Si el objeto de la donación fuere una universalidad de cosas y el donante conservare el goce de ellas reteniéndolas en su poder, se considerarán comprendidas también en la donación las cosas que se agreguen posteriormente, salvo que del acto resulte una voluntad contraria.

Ver: art. 771 C. italiano; 943 C. francés; 1514 C. de Luisiana; 634 C. español; 1453 C. portugués; 1800 parág. 1º C. argentino; 1433 C. venezolano; 1409 C. chileno; 1466 C. colombiano; 1465 C. ecuatoriano; 2233 C. mexicano; 1398 inc. 2º C. costarricense; 708 C. guatemalteco; 2776 C. nicaraguense; 1315 C. hondureño; 1574 del Anteproyecto de Bibiloni; 980 inc. inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.
La prohibición de donar bienes futuros es de orden público. Los frutos pendientes son accesorios de lo principal. Si la donación los comprendiese, será válida respecto de ellos.
Si la donación tuviese por objeto una universalidad de cosas, como una biblioteca, una pinacoteca, una colección, etc., y el donante retuviere su posesión, se considerarán comprendidas en ella las cosas que se agreguen posteriormente, como libros, cuadros, sellos de correo, etc., salvo pacto en contrario.
Sobre el principio de la nulidad de todos los bienes presentes y futuros, vr: Ascoli, opus cit. cit. Nº 16, pág. 198; De Ruggiero, opus cit. t. II, vol. 1º, pág. 482; Planiol, t. III, Nº 2599, pág. 647; Trasbot, in Planiol y Ripert, t. V, Nº 443, pág. 451, etc.

Art. 1874. — El que haga una donación de todos sus bienes presentes, y los bienes que lo integran se hubieran entregado, sin reservarse lo nece-

sario para su congrua subsistencia, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

Ver: art. 1408 C. chileno; 1465 C. colombiano; 1464 C. ecuatoriano; 2775 C. nicaragüense; 1314 C. hondureño; 1175 C. brasileño; 1460 C. portugués; 634 C. español; 1625 C. uruguayo; 671 C. boliviano; 2347 C. mexicano; 711 C. guatemalteco; 528 C. alemán; 944 C. austriaco; 1575 del Anteproyecto de Bibiloni; 980 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936

Dos son los sistemas legislativos observados en la disciplina de la donación de todos los bienes presentes: 1º) el del presente artículo, inspirado en el art. 1408 del C. chileno y seguido por los códigos colombiano, ecuatoriano, nicaragüense, hondureño, guatemalteco, alemán, austriaco y el Anteproyecto de Bibiloni; y 2º el de los códigos español, portugués, brasileño, bolivíano y el Proyecto argentino de 1936, según el cual es nula la donación de todos los bienes presentes sin reserva de parte, o renta suficiente para la subsistencia del donante.

La donación de todos los bienes presentes, es una donación universal. Aunque haya renta suficiente para la subsistencia del donante, —dice Bevilaqua— debe entenderse que se la hace respetando los derechos de los acreedores, so pena de que éstos hagan anular la donación fundados en la insolvencia del deudor. El donatario podrá evitar la acción pauliana si con el consentimiento de los acreedores asume las deudas del donante, caso en el cual habrá novación por cambio de deudor. Sólo en este caso podrán los acreedores exigir directamente del donatario el pago de lo que el donante les adeuda. (ver autor y opus cits. t. IV, nota al art. 1175 del C. del Brasil).

Sobre el art. 528 del C. alemán, ver: Ennecerus, Derecho de las Obligaciones, vol. 2º, parág. 122, II), pág. 121; y Code Civil Allemand, art. 528, apostilla de Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles, t. II, pág. 72).

Art. 1875. — El donante puede reservarse a su favor o a favor de un tercero, el usufructo de los bienes donados y subordinar la donación a condiciones posibles y lícitas que no hagan depender su revocabilidad del arbitrio de su voluntad.

Ver: arts. 944 y 494 C. francés; 1066 del C. italiano de 1865; 796 en el de 1942; 1516 y 1520 C. de Luisiana; 665 C. boliviano; 640 C. español, 1447 y 1448 C. venezolano; 1801 y 1802 C. argentino; y 603 del presente Código.

Art. 1876. — Es donación remuneratoria la que se hace en recompensa de servicios estimables en dinero prestados por el donatario al donante y cuyo pago podía a aquél demandarlo judicialmente, en tanto la liberalidad no exceda los límites de una equitativa remuneración.

Si el valor de los bienes donados excediere notablemente el precio de los servicios prestados, la disposición será juzgada, como gratuita y sometida por su forma y substancia, a las mismas reglas de las donaciones puramente gratuitas.

Aun si la liberalidad no excediere los límites de una equitativa remuneración, será juzgada como gratuita si del instrumento de la donación no constare el servicio que se tiene en mira remunerar.

No constituye donación lo dado en pago de una obligación civil o de conciencia.

Ver: art. 770 C. italiano; 675 C. boliviano; 1433 C. chileno; 1490 C. colombiano; 1489 C. ecuatoriano; 2796 y 2799 C. nicaragüense; 1339 y 1340 C. hondureño; 721 C. guatemalteco; 1822 a 1825 C. argentino; 1594 a 1597 del Anteproyecto de Bibiloni; 992 y 993 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 702, pág. 310, 5ª edición; Baudry Lacantinerie y Colin, Des Donations entre vifs et des testaments, vol. X, Nº 1135; pág. 515; Laurent, opus cit. t. XII, Nºs 333 a 336, pág. 412 y ss.; Demolombe, opus cit., t. XX, Nº 49 y 50, pág 42 y ss.; Troplong, Des Donations Entre Vifs et Testaments, t. III, Nº 1073 y 1074, pág. 47 y ss.; Ascoli, opus cit. Nº 9, pág. 102 a 120; Grandi, opus cit. Nº 373, pág. 231; Messineo, opus cit. t. VII, parág. 205, a), pág 419, Nº 4, b), pág. 420; y g), pág. 422.

Nuestro artículo decide una ardua cuestión doctrinal cual es la de saber si siendo remuneratoria la donación, es o no una liberalidad. Según el parágrafo 1º. de nuestro artículo, si la suma donada en recompensa de servicios que el donatario ha prestado al donante y por los cuales podía éste demandar su pago en juicio, es equitativa, se juzga que es un acto oneroso

Si el valor de los bienes donados excedieren notablemente el precio de los servicios prestados, la disposición será una donación pura y simple.

Mas para que la donación equitativa sea calificada de remuneratoria, será menester que el donante exprese en el instrumento respectivo el servicio que tiene en mira remunerar.

No constituye donación lo dado en pago de una obligación civil exigible, o de una obligación de conciencia, como sería una deuda prescrita o anulada, cuyo único efecto es la solutio retentio o sea el derecho de retener lo pagado del que lo acepta.

Art. 1877. — Las donaciones hechas por un deber moral de gratitud, por servicios que no confieren acción para demandar judicialmente su retribución en dinero, aunque el donante las califique de remuneraciones, deben considerarse donaciones gratuitas.

Ver: art. 1824 C. argentino; 1596 del Anteproyecto de Bibiloni; Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 702, nota 7 pág. 311, 5ª edición; Merlin, Rep. Vº Donation, Seccion VIII, parág. 3.

Art. 1878. — La donación que tiene por objeto prestaciones periódicas o vitalicias se extinguen a la muerte del donante, salvo que del contrato resulte una voluntad contraria.

Ver: art. 772 C. italiano, sin antecedente en el Código de 1885; 252 C.F.S. de las Obligaciones; 520 C. alemán; 955 C. austriaco; 1602 Anteproyecto de Bibiloni y 985 del Proyecto argentino de 1936. Si el donante declara que las prestaciones durarán hasta la muerte del donatario, la obligación así contraída pasa a sus herederos, como carga hereditaria (ver Messineo, t. V, parágrafo 139, Nº 7, letra e), pág. 19). Fuera de esta hipótesis las prestaciones se extinguirán con la muerte del donante porque, como obligación personal suya que es no puede constituir una carga para su heredero, a quien de esta suerte se tutela

Art. 1879. — La donación hecha conjuntamente a favor de varios donatarios se entiende hecha por partes iguales, salvo que del contrato resulte una voluntad contraria. Ninguno de los donatarios tendrá derecho de acrecer, salvo que el donante disponga que si uno de ellos no puede o no quiere aceptar, su parte acrezca a los otros.

Ver: art. 773 C. italiano; 1798 C. argentino; 2176 del Esboço de T. de Freitas; 2350 C. mexicano; 1470 C. peruano; 955 de Goyena (t. II, pág. 300), quien cita, como fuente, el art. 12 del Código Bávaro, Cap. 8, libro 3. La verdad es que la disposición de nuestro artículo relativa al derecho de acrecer entre donatarios, puede parecer ociosa, desde que tal derecho no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias, según así lo preceptúa el art. 3810 del C. argentino. La donación que en el Código francés (art. 913) es uno de los modos de adquirir entre vivos disciplinado conjuntamente con las liberalidades hechas por testamento, no es regulado de igual modo en el presente Código, sino como contrato, de suerte que siendo así, puede excluirse el derecho de acrecer por donación, salvo la voluntad contraria del donante, como respecto de los legados lo preceptúa el art. 3819 del C. argentino.

CAPITULO I I

De la capacidad de disponer y recibir por donación

Art. 1880. — No pueden hacer donaciones aquellos que no gozan de la plena capacidad de disponer de sus propios bienes. Es válida, sin embargo, la donación hecha por el varón de diez y ocho años cumplidos antes del matrimonio a su futura esposa.

El menor emancipado autorizado para el ejercicio de una empresa comercial podrá hacer donaciones de sus bienes con autorización del juez de su domicilio.

Ver: art. 774 C. italiano; 2123 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1170 C. brasileño; 624 C. español; 1476 C. portugués; 240 C.F.S. de las Obligaciones; 1387 y 1388 C. chileno; 1444 y 1445 C. colombiano; 1443 y 1444 C. ecuatoriano; 1616 C. uruguayo; 663 C. boliviano; 1435 C. venezolano; 1469 C. peruano; 2757 C. nicaraguense; 1297 C. hondureño; 976 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1881. — La donación hecha por persona que, aun cuando no esté sometida a interdicción, se pruebe que estuvo, por cualquier causa, aun transitoria, en situación de incapacidad de entender o de querer en el momento de otorgar la escritura de donación, puede ser anulada a instancia del donante, de sus herederos o causahabientes.

La acción prescribe a los cinco años computados desde el día del otorgamiento de la respectiva escritura.

Ver: art. 755 C. italiano; sin antecedente en el C. italiano de 1865. Los compiladores del C. italiano de 1942 estimaron insuficiente la regla según la cual tienen capacidad de hacer donaciones todas las personas dotadas de la libre administración de sus bienes o que pueden contratar, como reza el art. 1804 del C. argentino, razón por la cual decidieron completarla respecto de las donaciones hechas por personas privadas por cualquier causa de razón, aunque sea accidentalmente, como los borrachos en estado de semiconciencia, los intoxicados, por la acción de la morfina, la codeina y los alcaloides derivados de la belladona. Nuestro art. 519, de larga tradición en nuestra legislación civil, como trasiego que es del art. 921 del C. argentino, es terminante a este respecto. No obstante preferimos reproducir la substancia del art. 755 del C. italiano, cuyo in fine fija el término de la prescripción de la acción de nulidad. (ver: Grandi, opus cit. Nº 374, pág. 232).

Art. 1882. — El padre o la madre, por separado, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean.

No expresándose a qué cuenta debe imputarse la donación, se entenderá que es hecha como un adelanto de la legítima. Para la aceptación, el juez proveerá a los menores de un tutor especial con audiencia del Ministerio Pupilar.

Ver: art. 1805, 3476, 3514 y ss., del C. argentino; 2123 del Esboço de T. de Freitas; 1580 del Anteproyecto de Bibiloni; 974 del Proyecto argentino de 1936, 1171 C. brasileño.
Nos apartamos del art. 1580 del Anteproyecto de Bibiloni, según el cual la donación hecha a los hijos menores no requiere aceptación, acaso porque como dice Segovia no es presumible que un padre trate de perjudicar a sus hijos con donaciones gravosas (ver autor y opus cits. t. I, nota 34 al art. 1807 de su numeración, pág. 485 de la 1ª edición).
Cierto es que llegado el menor a la mayor edad podrá repudiar la donación, pero entre tanto, la cosa donada quedaría punto menor que fuera del comercio, porque nadie osaría adquirirla en tal estado.
En contradicción con la fuente de nuestro artículo, estatuye el art. 3604 del C. argentino que el valor de los bienes que el testador ha entregado en plena propiedad a uno de sus herederos legítimos, será imputado sobre su porción disponible, y el excedente será traído a la masa. Mas, observa Segovia que la donación simple se imputa siempre, no a la porción disponible, sino a la parte hereditaria del donatario, a tenor de los arts. 1805 inc. 2º y 3476 del C. argentino. (ver autor y opus cits. t. II, nota 32, pág. 555, 1ª edición).
Y sobre las controversias suscitadas en la propia Argentina por la aplicación del art. 3504, ver: De Gásperi, Tratado de Derecho Hereditario, t. II, Nº 265, pág. 293 a 305).

Art. 1883. — El padre, el autor y el curador no pueden hacer donaciones por la persona incapaz representada por ellos.

Sólo con ocasión del casamiento de los descendientes del interdicto podrá su curador, con autorización judicial, hacer con parte de sus bienes una liberalidad en consideración al matrimonio.

Ver: art. 777 C. italiano; 1807 inc. 3º, 4º y 5º C. argentino; 424 inc. 1º y 473 del presente Código.

Art. 1884. — No puede hacerse donación a persona física que no exista, salvo lo dispuesto en el art. 1890 ni a las entidades que no sean personas jurídicas.

Puede, sin embargo, hacerse donación a estas últimas con el fin de fundarlas y sólo para los fines de su institución. Si la autorización necesaria fuere negada, la donación quedará sin efecto.

Ver: art. 1806 C. argentino; 1581 del Anteproyecto de Bibiloni; 975 del Proyecto argentino de 1936; 1390 inc. 1º y 1391 C. chileno; 2127 del Esboço de T. de Freitas; 1447 inc. 1º y 1448 C. colombiano; 1446 inc. 1º y 1447 C. ecuatoriano; 1617 C. uruguayo; 1443 C. venezolano; 1169 C. brasileño; 627 C. español; 1447 C. portugués; 2357 C. mexicano; 2759 C. nicaraguense; 1298 y 1299 C hondureño; 1400 C. costarricense.
Protegida legalmente la persona humana desde su concepción en el seno materno, ocioso es que pueda recibir donaciones subordinadas a su nacimiento con vida. La donación puede ser aceptada por su madre o padre, o por ambos conjuntamente. Comenzando a existir, como personas jurídicas, las entidades de Derecho privado, desde la autorización gubernativa que las faculte a actuar en tal carácter, dotadas de capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, lógico es que en tanto su existencia legal no sea acreditada por su reconocimiento o autorización para funcionar, no puedan ser beneficiarias de liberalidades hechas por vía de donación. Mas, por excepción a esta regla, nuestro artículo, conforme con la tradición de su fuente, convalida las donaciones hechas con el fin de fundarlas y sólo para los fines de su institución. Una entidad constituida con el fin de fundar una empresa comercial, no podría aceptar la donación hecha para la realización de obras pías o de difusión de la cultura. (Ver: Ferrara, opus cit. Nº 77, pág. 368 y Nº 121, pág. 806). Mas en Derecho francés la doctrina y la jurisprudencia propenden a convalidar las donaciones que permitan a un ente moral desempeñar cometidos distintos del fin de su institución, con fondos llamados "de aluvión" (ver: Michoud, opus cit. t. II, Nº 246, pág. 150).

Art. 1885. — No pueden hacer donaciones los mandatarios, sin poder especial en que se determinen los bienes que deben transferir y se designen los beneficiarios de la liberalidad.

Es nulo el mandato por el que se atribuye a otro la facultad de designar la persona del donatario o de determinar el objeto de la donación.

Es válida, sin embargo, la donación a favor de persona que escogerá un tercero entre varias personas disyuntivamente designadas por el donante o pertenecientes a varias categorías también disyuntivamente preordenadas.

Igualmente válida es la donación que tiene por objeto una cosa que determinará un tercero entre varias cosas indicadas por el donante o dentro de los límites de valor por él establecidos.

Sobre el parágrafo 1º, ver: art. 1807 inc. 6º C. argentino; 1582 inc. 6º del Anteproyecto de Bibiloni; 976 inc. 4º, del Proyecto argentino de 1936.
Sobre los parágrafos 2º, 3º y 4º ver: art. 778 C. italiano; sin antecedente en el Código de 1865, ya abrogado. Así, como por disposición del art. 3711 del C. argentino es nula la institución de heredero a favor de persona que otro nombrará, así también es nula la donación a favor de la persona nombrada por el mandatario. Por mucho que el mandante quiera mantener el incógnito acerca de su persona en relación a la liberalidad no le está permitido otorgar el mandato cui voles.

Las excepciones que siguen a esta regla, son fáciles de comprender como razonable limitación del arbitrio del mandatario, sea para elegir la persona del donatario entre varias disyuntivamente designadas por el donante, o bien la cosa, objeto de la donación, entre varias indicadas por él o dentro de los límites de valor por él establecidos (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 139, Nº 4, B), pág. 14).

Art. 1886. — Nula es la donación a favor de quien ha sido tutor o curador del donante, hecha antes de que haya sido aprobada su rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resulte, o antes de que se haya extinguido la acción para exigirles la rendición de cuentas.

La disposición precedente será igualmente aplicada a la donación a beneficio del ex tutor o curador aunque fuere hecha a nombre de personas interpuestas.

Se consideran personas interpuestas el padre, la madre, los descendientes y el cónyuge del beneficiario incapaz.

Ver: art. 1807 inc. 4º C. argentino; 1582 inc. 4º y 5º del Anteproyecto de Bibiloni; 976 inc. 3º del del Proyecto argentino de 1936; 779 C. italiano; 1392 C. chileno; 1449 C. colombiano; 1448 C. ecuatoriano; 1481 C portugués; 628 C. español; 2358 C. mexicano; 2760 C. nicaraguense; 1300 C. hondureño.

Art. 1887. — Nula es la donación que los cónyuges se hagan durante el matrimonio, contra la prohibición del art. 184, sea directamente, o por interposición de los hijos del otro, o de las personas de quien su cónyuge sea heredero presunto al tiempo de la donación.

Ver: art. 1807 inc. 1º C. argentino; 1582 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 976 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; 674 C. boliviano.
En contra: art. 1451 C. venezolano, según el cual: **"Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables por la sola voluntad del donante, manifestada expresamente en la misma forma en que hayan sido realizadas. La revocación debe ser notificada por el donante al donatario o a sus herederos".**
Dado que por este precepto se admite la revocabilidad de la donación por la voluntad arbitraria del donante, evidente es que contraría uno de los principios fundamentales sobre que descansa la donación. El dominio adquirido por el donatario sería menos pleno o imperfecto, según la clasificación del art. 2507 del C. argentino, porque sería resoluble, al advenimiento de una condición que haría depender la eficacia de la relación de la voluntad arbitraria del donante, también en contradicción de nuestro art. 606, trasiego del art 542 del C. argentino, precepto de derecho uniforme con la mayor parte de los códigos conocidos.

Art. 1888. — La donación del cónyuge adultero a su cómplice puede ser anulada por el otro cónyuge, o por sus herederos forzosos, cualquiera sea el régimen patrimonial por el cual hubieren optado. La acción de nulidad se prescribe a los dos años computados desde el día de la donación o desde que el cónyuge inocente o sus herederos hubieren tenido conocimiento de ella.

Ver: art. 1177 C. brasileño; 1480 C. portugués. Sin antecedente en los otros códigos. Esta disposición, dice Brevllaqua, es general, comprende a los dos cónyuges, o sea a marido y mujer, cualquiera sea el régimen de bienes por el cual hubieren optado. Así, este precepto se aplicará lo mismo si los cónyuges se hubieren casado bajo el régimen legal de separación de bienes, o si habiendo optado por el régimen de comunidad de bienes, la hubiesen disuelto con arreglo a derecho. (ver autor y opus cits. t. IV, pág. 345).

Art. 1889. — No pueden hacer donaciones los hijos adultos, sin licencia de sus padres, salvo donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de una profesión o industria.

Ver: art. 1807 inc. 7º C. argentino; 1582 inc. 7º del Anteproyecto de Bibiloni; 976 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1890. — No pueden aceptar donaciones:

1º. La mujer casada, sin licencia de su marido o del juez;

2º. Los tutores, en nombre de sus pupilos, sin autorización expresa del juez;

3º. Los curadores, en nombre de los incapaces que tienen a su cargo, sin autorización judicial;

4º. Los tutores y curadores de los bienes de las personas que siendo incapaces estaban bajo su guarda, antes de la rendición de cuentas, y del pago del saldo que contra ellos resultare.

Ver: art. 1808 C. argentino; 1583 del Anteproyecto de Bibiloni; 977 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De la forma y de los efectos de la donación

Art. 1891. — La donación debe hacerse, bajo pena de nulidad, en escritura pública. Si la donación tuviere por objeto cosas muebles, no será ella válida sino en cuanto a aquellas especificadas con indicación de su valor en el respectivo instrumento, o bien en una nota separada suscrita por el donante, el donatario y el Escribano autorizante.

La aceptación podrá hacerse en el mismo acto o por escritura pública posterior, caso este último en que la donación no será perfecta sino desde el momento en que la aceptación ha sido notificada al donante.

Antes de la perfección de la donación, tanto el donante como el donatario podrán revocar su respectiva declaración de voluntad.

Ver: art. 782 C. italiano; 1810 y 1811 C. argentino; 2150 y 2151 del Esboço de T. de Freitas; 932 C. francés; 523 C. de Luisiana; 633 C. español; 1459 C. portugués; 666 C. boliviano; 1400 C. chileno; 1457 C. colombiano; 1456 C. ecuatoriano; 1619, 1620 y 1621 C. uruguayo; 1439 y 1440 C. venezolano; 1474 parágrafos 3º y 4º C. peruano; 1168 y 1660 C. brasileño; 518 C. alemán; 243 C.F.S., de las Obligaciones; 2771 y 2778 C. nicaraguense; 1310 y 1317 C. hondureño; 1397 parágrafo 2º C. costarricense; 1585 y 1586 del Anteproyecto de Bibiloni; 982 del Proyecto argentino de 1936.

Sobre la forma de la donación, confróntense: Ascoli, opus cit. Nº 39 a 46, pág. 370 a 450; Messineo, opus cit. t. V, parág. 139, Nº 8, pág. 22 y ss.; Grandi, opus cit. Nº 376, pág. 233.

Bastará comparar el presente artículo con los arts. 1810 y 1815 del C. argentino para comprender que a esta altura de los tiempos no era posible trasegarlos literalmente sin consagrar un anacronismo. En efecto, y al tiempo en que el art. 2150 del Esboço de T. de Freitas, fuente directa e inmediata del 1810 del C. argentino, pudo inspirar a Vélez Sarsfield, los valores mobiliarios eran de menor importancia en la economía general y en el patrimonio de las personas que los bienes inmuebles, explicándose así que sólo se exigiese la forma de la escritura pública limitada a las donaciones de bienes inmuebles, de las donaciones remuneratorias, de las donaciones con cargo, de las hechas por un esposo a favor del otro para después de su muerte y las donaciones de prestaciones periódicas o vitalicias, y se permitiese que las donaciones de cosas muebles o de títulos al portador se hagan por la sola entrega de la cosa o del título, sin necesidad de un acto escrito.

Mas en nuestros días, en que por el desarrollo de las actividades económicas de las naciones, los bienes muebles y los títulos a la orden y los nominativos pueden representar en el activo patrimonial de toda persona un valor superior al de los bienes raíces, cada día más limitados en su extensión superficial bajo la acción de las leyes sociales auspiciadas por el socialismo de izquierda, o expuestos a expropiaciones arbitrarias de los gobiernos totalitarios, como se ha visto en Cuba so color de una revolución social, no hay razón para excluir los bienes muebles en general de la forma de la escritura pública. A estas consideraciones responde la profunda innovación de la forma de la donación en el Código italiano de 1942 en relación al proyecto preliminar, según el cual se admitía la validez de las donaciones de bienes muebles por la simple tradición, y a falta de ésta, por una escritura privada contentiva de la descripción de las cosas donadas e indicación de su valor. Mas el proyecto definitivo rechazó este esbozo por su manifiesta peligrosidad, sin perjuicio de admitir la validez de las donaciones de cosas de poco valor hechas por escritura privada, o por su tradición.

Dada la generalidad de la disposición de nuestro artículo, ocioso es que por escritura pública deben formalizarse no sólo las donaciones enumeradas en el art. 1810 del C. argentino, sino también las de cosas muebles y títulos al portador, del art. 1815 del C. argentino.

En el artículo que sigue se disciplina la forma de las donaciones de cosas de escaso valor.

Art. 1892. — La donación de escaso valor que tiene por objeto bienes muebles, es válida, aun cuando no se la formalice en escritura pública, siempre que haya habido tradición.

La modicidad se debe estimar no sólo objetivamente sino también en relación a las condiciones económicas del donante.

Ver: art. 783 del C. italiano; 1815 C. argentino; 1724 C. holandés; 1168 parág. 2º C. brasileño, 1474 parág. 1º y 2º C. peruano; 1619 parág. 2º C. uruguayo; 670 C. boliviano; 2342 y 2343 C. mexicano; 1591 del Anteproyecto de Bibiloni; y 984 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1893. — Para que valgan las donaciones manuales es menester que ellas presenten los caracteres esenciales del contrato, y que la tradición que las constituye sea en sí misma una tradición verdadera.

Ver: art. 1816 C. argentino; Goyena, opus cit. t. II, nota al art. 952, pág. 296. Las donaciones manuales son las que se hacen de mano a mano cuando con la intención de hacer una liberalidad de escaso valor, como son las gratificaciones y recompensas de servicios recibidos, excluyen, por su naturaleza la necesidad de comparecer ante un escribano a formalizarla con el donatario que ha de aceptarla.

Un título al portador podría transferirse por vía de un endoso en blanco. Así lo decide el art. 1724 del C. holandés, con el que contrasta el art. 931 del C. francés al sujetar todas las donaciones a la estricta

de la escritura pública. Los regalos de cumpleaños, los que se hacen al médico que restituyó la salud al donante o al abogado que le hizo ganar un pleito, siendo de cosas muebles, se perfeccionan por la tradición aceptada.

Art. 1894. — Puede hacerse donación no sólo a favor del concebido y no nacido todavía sino también a favor de los hijos que una determinada persona que vive al tiempo de la donación espera tener de su matrimonio, aun cuando no hayan sido todavía concebidos.

La aceptación de la donación corresponde al padre o en su defecto a la madre, o ambos conjuntamente.

Salvo diversa disposición del donante, la administración de los bienes donados le corresponde a él o a sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar fianza. Los frutos madurados antes del nacimiento se reservan al donatario si la donación se hace a favor de una persona por nacer ya concebida. Si se hace a favor de una persona no concebida, los frutos se reservan al donante hasta el nacimiento del donatario.

Ver: art. 784 C. italiano; 1059 C. civil italiano de 1865 ya abrogado.
La donación a favor del concebido al tiempo de su otorgamiento admitida por el parágrafo 1º de nuestro art. 1894 en examen, es figura paralela a la institución de heredero a favor del concebido al tiempo de la muerte del testador, consagrada por el art. 3736 del C. argentino.
Cuanto a la validez de la donación del no concebido, acaso pueda suscitar dudas por la aparente incertidumbre del beneficiario de ella. Mas diciendo el donante que "dona la suma de "X-Gs." o su fundo rústico de Guarambaré al 1er. hijo que su sobrina Margarita llegue a tener de su matrimonio con Aurelio Nájera", por ejemplo nada hay que pueda oponerse a su convalidación, porque por mucho que el tiempo de la donación no esté aun concebido el donatario, se debe entender que tal liberalidad está subordinada a la condición si filius nascatur, de suerte que siendo así bastará que el donatario llegue a existir al tiempo de cumplirse la condición, como lo dejamos explicado bajo el Nº 490, pág. 393 de nuestro Tratado de Derecho Hereditario (t. III).
Nacido que sea el hijo de los esposos nombrados, podrá el padre aceptar la donación, o en su defecto la madre, o ambos juntos a la vez.
Como el cumplimiento de la condición a que se subordina el derecho del donatario a exigir su cumplimiento, puede insumir largo tiempo, nuestro artículo preceptúa que salvo diversa disposición del donante, la administración de los bienes donados le corresponde a él o por su fallecimiento a sus herederos, a quienes el juez puede exigir fianzas que garanticen el fiel cumplimiento de la liberalidad. Estatuye además nuestro artículo que se reservan al concebido los frutos que maduren antes de su nacimiento, y al donante los frutos madurados antes del nacimiento del no concebido al tiempo de la donación.
Decisiones son éstas que la realidad de la vida experimentada a través de largos años le fueron inspiradas a la jurisprudencia y la doctrina civil italiana.

Art. 1895. — La donación hecha en contemplación de un determinado y futuro matrimonio, sea por el novio a su novia, ya sea por otros a favor de uno de ambos esposos o de los hijos por nacer de éstos, se perfecciona, sin necesidad de que haya sido aceptada, pero no produce efectos mientras no se realice el matrimonio.

La anulación del matrimonio importa la nulidad de la donación. Quedan, sin embargo a salvo, los derechos adquiridos por los terceros de buena fe entre el día del matrimonio y el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada la sentencia que declara la nulidad del matrimonio. El cónyuge de buena fe no está obligado a restituir los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de anulación del matrimonio.

La donación en favor de hijos por nacer conserva su eficacia en la medida en que por aplicación del art. 239 es válido el matrimonio putativo respecto de los hijos concebidos o habidos antes de la sentencia que declare su nulidad.

Ver: art. 785 C. italiano; 1062 parág. 2º del C. Civil italiano de 1865, ya abrogado; 1248 C. argentino; 661 del Anteproyecto de Bibiloni; 403 del Proyecto argentino de 1936; 1789 C. chileno; 1270 de Goyena; 1845 C. colombiano; 1848 C. ecuatoriano; 1450 C. venezolano; 1173 C. brasileño; 1082, 1087 y 1088 C. francés; 1327 y 1333 C. español 1168 y 1169 C. portugués.
La particularidad de las donaciones hechas en contemplación de un determinado futuro matrimonio consiste sólo en que ellas son subordinadas a la condición de la realización del matrimonio, de suerte que no celebrándose lo la donación queda sin efecto.
Refiriéndose Ascoli al Código italiano de 1865 dice que la ley mira con favor tales donaciones encaminadas a estimular la constitución y la conservación de la nueva familia, para lo cual estatuye algunas reglas particulares destinadas a facilitar y garantizarles una mayor estabilidad de sus efectos en interés de la prole nacida de modo particular.
Una de ellas es la eficacia o validez de la donación hecha a favor de los hijos que nazcan de una determinada unión matrimonial de dos personas, no obstante su eventual anulación, pues, sería inicuo que los inocentes sean castigados sin culpa alguna que les sea imputable.
Otra de las reglas especiales a este género de donación es que el cónyuge de buena fe no puede ser obligado a restituir los frutos percibidos con anterioridad a la demanda de nulidad del matrimonio.

Tampoco la nulidad del matrimonio perjudica los derechos adquiridos por los terceros de buena fe entre el día del matrimonio y el día en que pasa en autoridad de cosa juzgada la sentencia de nulidad. (ver autor y opus cits. Nº 21, pág 227).

Art. 1896. — La donación hecha a favor de una entidad no reconocida, quedará sin efecto si dentro de un año no se le notificare al donante la autorización del P. E., para funcionar.

Salvo disposición diversa del donante, los frutos producidos antes del reconocimineto quedan reservados a favor del donatario.

Ver: art. 786 C. italiano. La falta de autorización para funcionar de las entidades a favor de las cuales la donación fuese hecha para su fundación, demorada por un año desde el día de la donación, produce la caducidad o ineficacia de ésta, con efectos retroactivos al día del acto.

Art. 1897. — El motivo ilícito causa la nulidad de la donación cuando resulta del acto y es el único que ha determinado al donante a hacer la liberalidad.

Ver: art. 788 C. italiano. Sin antecedente en el C. Civil italiano de 1865.

Adicto Messineo a la distinción que los canonistas hicieron entre causa próxima y causa remota o motivos del obrar, enseña que "la causa de la donación (causadonandi) es un acto objetivo y constante (enriquecer al donatario sin compensación y para beneficiarlo); el motivo de la donación (la llamada causa donationis) es variable; y consiste en el móvil particular (siempre existente) que induce al donante a hacer la donación (por ejemplo, para proporcionar un placer al donatario; para subrayar el particular vínculo respecto del donatario; para inducir indirectamente al donatario a hacer alguna cosa que espontáneamente no haría; por reconocimiento; por espíritu de vanidad y similares). Pueden darse varios motivos que concurren al mismo tiempo en la donación; la causa es siempre una". (ver autor y opus cits. t. V, parág. 139, Nº 1, 1), pág. 8).

Mas los motivos que dice nuestro artículo no pueden ser otros que los señalados por Domat como el elemento psicológico que desempeña la función de causa para el que recibe la donación y no da nada. "En las donaciones, dice Domat, y en los otros contratos en que uno solo hace y da, la aceptación perfecciona la convención y la obligación del que da se funda sobre un motivo razonable y justo, como un servicio prestado, u otro mérito del donatario, o el solo placer de hacer el bien. Y este motivo es la causa de parte del que recibe y no da nada" ver autor cit. Luis Claro Solar, t. V, Libro I, Nº VI, pág. 16, edición 1771 y nuestro Tratado de las Obligaciones, t. I, Nº 381, pág. 318; Josserand, Les Mobiles dans les Actes Juridiques du Droit Privé, Nº 124, pág. 164).

Mas la concepción clásica de la teoría de la causa acogida por Portalis, en seguimiento de Pothier, había confinado los móviles o sean los motivos del obrar fuera del acto, como un elemento adventicio, individual y variable de persona a persona, de suerte que siendo así, en las donaciones, la intención liberal, el animus donandi es la causa del que da y no recibe nada. De esta suerte la causa de la obligación del donante sería preexistente a la formación del contrato, como fin inmediato y directo de ella, y dejaría, en consecuencia, fuera de la intención del donante todo el vasto dominio psicológico señalado por Josserand, "toda una pléyade de móviles, los más variados, los más interesantes porque son los más vivos, los móviles concretos, los móviles individuales, que son los que se desprenden del acto mismo, y que por lo mismo de no integrarlo, porque no representan un elemento constitutivo, son susceptibles de variar al infinito con la personalidad de las partes y según las circunstancias en las cuales la operación ha sido concebida, preparada y concluida". Tales son los fundamentos de la acerva crítica de nuestro autor a la concepción clásica de la causa, como intención, mero fragmento del acto. Y tales son las razones que le indujo a exponer lo que él llama la teoría de los móviles, según la cual no es sólo el fin inmediato e intrínseco, parte integrante y órgano del contrato, el que debe ser considerado por revestir un aspecto jurídico, sino también el fin último, que deja atrás a la operación y por relación al cual ésta no es sino un medio; no sería únicamente el móvil impersonal, orgánico, el decisivo, la pieza maestra de la operación, sino también los móviles individuales, los móviles verdaderamente teleológicos, los que siendo exteriores al acto, revelan el fin supremo del acto al cual se dirige.

Si no se admitiera esta extensión de la noción de causa, si sólo tuviesemos que atender a ella conforme con la concepción clásica de ella, nunca se daría una donación ilícita, porque su causa no sería otra que el espíritu liberal del donante, el cual, abstractamente considerado no puede incurrir en ninguna reprobación sino antes bien, debe ser aprobada y estimulada. El defecto de la doctrina clásica de la causa, no es su inutilidad y vaciedad de sentido, como pretenden Planiol y demás anticausalistas franceses, sino su impotencia para establecer en su pureza estricta una selección entre las liberalidades buenas y las malas, incluso las más inmorales y escandalosas. Para llegar a éstas se debe recurrir a los móviles individuales y adventicios, llamados por otro nombre "causa impulsiva" o todavía la causa del contrato, por oposición a la causa de la obligación. Desde el momento que esos móviles son condenables, que violan una disposición imperativa o chocan con el orden público o las buenas costumbres, la disposición es nula y debe ser anulada.

Ejemplificando Josserand algunos casos de donaciones ilícitas, señala las hechas a favor de un hijo adulterino; las donaciones entre concubinos o al menos a uno de ellos; las consentidas entre esposos con el fin de preparar una separación amistosa de bienes; las afectadas de condiciones o cargos ilícitos. (ver: autor y opus cits. Nºs 119 a 134, págs. 158 y ss.; Brissaud, De la Notion de Cause dans les Obligations Conventionneles, t. II, pág. 148, edic. 1879; Chevrier, Essai sur L'Histoire de la Cause dans les Obligations, t. IV, pág. 243, edic. 1929; Hamel, La Notion de Cause dans Les Liberalités, pág. 233, 259, 349 y ss.; Capitant, De la Causa de las Obligaciones, págs. 473 y 478, versión castellana de Tarragoto y Contreras; Dabin, La Teoría de la Causa, Nº 235, pág. 246 y ss., versión castellana de Pelsmaeker, etc.).

Art. 1898. — La donación puede ser impugnada por error en cuanto al motivo, ya sea el mismo de hecho o de derecho, cuando el motivo resulte del acto y sea el único que ha determinado al donante a llevar a cabo la liberalidad.

Ver: art.787 C. italiano. Sin antecedente en el Código civil italiano de 1865.

El error suprime la intención, según así lo estatuye nuestro art. 520, idéntico al 922 del C. argentino. Explicado en la apostilla al artículo anterior el valor causal de los motivos o móviles de la voluntad, ocioso es que el acto caiga en la inanidad si la intención motivada del disponente resulta obliterada por el vicio de error.
La sola intención o la intención desnuda, diremos, no permite distinguir un acto inmune a todo vicio de la voluntad, de un acto viciado de error, dolo o violencia, sin que el intérprete remonte a los motivos o sea a la causa impulsiva que indujo al disponente a hacer la liberalidad.
En efecto, si se comparan varias donaciones hechas por distintas personas, se verá que en todas ella la intención del donante es siempre el animus donandi, el espíritu de liberalidad, sin que el acto en sí arroje elemento alguno que permita decidir que la liberalidad es el fruto del error que el disponente ha sufrido en la persona del donatario o en la cosa donada. Deberá el juzgador inquirir cuáles sean los móviles que le indujeron a hacer la donación, o mejor, los motivos que le incitaron, le instigaron o persuadieron para enriquecer a otro a expensas de su propio patrimonio por la asunción gratuita a su favor de una obligación o la promesa de transferible de gracia un derecho patrimonial presente y no accesorio. Siendo así, deberá el intérprete ascender e ir más atrás del acto para dar con los motivos.
En la donación, la identidad de la persona del donatario es de un valor dirimente, porque el contrato es de aquellos que se celebran intuitu personae, de suerte que recayendo el error sobre la identidad física del donatario, podría impugnarla de nulidad. Nuestro art. 523 inc. 2º agrega el error que recae sobre las cualidades de la persona, siempre que la identidad o las cualidades hayan sido determinantes.
En la misma medida, su inc. 1º admite el error sobre el objeto, cuando versa sobre otro distinto del que se quería donar.
El error sobre las cualidades que el derecho tradicional juzgaba indiferente, es hoy reconocido como de valor dirimente, en cuanto de ser conocidas, impedirían la concertación del contrato. Las cualidades a que nos referimos son las morales, no las que se refieren al rango o fortuna de la persona.
Para aclarar mejor nuestro artículo, supongamos que una persona gravemente enferma ha sido asistida por más de un médico, pero uno solo de cabecera a quien en puridad, debió su restablecimiento. Repuesto de su enfermedad, inducido por el deseo de retribuir equitativamente a dicho facultativo, hizo donación de una suma x de dinero, no a su favor, sino a favor de otro de los que también le asistieron, pero no con la asiduidad, perseverancia, abnegación del que robando horas al sueño permaneció de pie al borde de su lecho, sometido a un duro sacrificio de su propia salud, sino como médico de consulta, o como mero auxiliar.
El donante ha podido padecer de una obnubilación de la memoria en el acto de otorgar la escritura de donación y confundir involuntariamente el nombre del médico de cabecera con el de su auxiliar.
Siendo así, y dada la influencia exclusiva de los servicios profesionales del primero, tanto por su acierto y eficacia, como por su abnegación hasta el sacrificio personal, el error padecido por el donante sobre la identidad del donatario, le facultaría a demandar la anulación de la donación. (ver: Hamel, opus cit. pág. 230).

Art. 1899. — En caso de incumplimiento o de retardo del donante en la ejecución de la donación, sólo será responsable por dolo.

Ver: art. 789 C. italiano; 723 C. guatemalteco. Sin antecedente en el Código civil italiano de 1865.
Aunque libre el donante de no donar, desde que no hay ley que obligue a donación, una vez hecha y aceptada, da lugar a una relación obligatoria, de la cual deriva, dice Messineo, para el donatario, un verdadero y propio derecho de crédito que le faculta a exigir su cumplimiento. De aquí, también, la responsabilidad del donante en caso de incumplimiento o de mero retardo, limitada al caso de dolo.
La fuente de nuestro artículo agrega: "o culpa grave", que nosotros suprimimos porque la culpa grave está teóricamente asimilada al dolo, y además este Código no ha dado carta de ciudadanía a la clasificación clásica de las tres categorías de culpa grave, leve y levísima, sino a la noción unitaria de la culpa, como omisión involuntaria de un deber jurídico.

Art. 1900. — Si el donante se ha reservado la facultad de disponer de algún objeto comprendido en la donación o de una determinada suma sobre los bienes donados, y muere sin haber dispuesto de ello, tal facultad no puede ser ejercida por sus herederos.

Ver: art. 790 C. italiano; 1067 del C. Civil Italiano de 1865. La reserva de disponer de cosa determinada comprendida en la donación es cláusula accesoria o elemento accidental autónomo de ella, aunque dependiente del contrato, la cual no debe confundirse con la condición que es elemento intrínseco de la voluntad de donar, salvo que aquella sea de contenido resolutorio, como es la reversibilidad de la donación (ver: Messineo, opus cit. V. parág. 139, Nº 13, pág. 34).

Art. 1901 — El donante puede estipular la reversión de los bienes donados para el caso de que el donatario, solo, muera, o mueran el donatario y sus descedientes, ante que él.
La reversión condicional no puede ser estipulada sino en provecho sólo del donante. Si se hubiere estipulado copulativamente en provecho del donante y sus descendientes o de un tercero, la cláusula será reputada no escrita respecto a estos últimos. La estipulación debe ser expresa.

Ver: art. 1341 y 1842 C. argentino; 951 C. francés; 791 C. italiano; 1709 C. holandés; 1521 C. de Luisiana; 1174, C. brasileño; 1473 C. portugués; 641 C. español 1628 C. uruguayo; 1453 C. venezolano; 1472, C. peruano; 1610 del Anteproyecto de Bibiloni; 998 del Proyecto argentino de 1936.
La nulidad de la cláusula de reversión a favor de terceros se funda en que por este Código no se admiten las instituciones fideicomisarias. Mas el Código Civil del Brasil las admite hasta el segundo grado (ver Bevilagua, cit. nota ar art. 1174, t. IV pág. 341

Art. 1902 — Cuando el derecho de reversión ha sido estipulado para el caso de que la muerte del donatario preceda a la del donante, la reversión tiene lugar desde la muerte del donatario, aunque le sobrevivan sus hijos.

Si el derecho de reversión ha sido reservado para el caso de la muerte del donatario y de sus hijos o descendientes, la reserva no principia para el donante, sino por la muerte de todos los hijos o descendientes del donatario. Si el derecho de reversión ha sido reservado para el caso de la muerte del del donatario sin hijos, la existencia de los hijos a la muerte del donatario, extingue este derecho, que no revive sinó en caso de la muerte de estos hijos antes de la del donante.

Ver: art. 1844 C. argentirno; 1611 del Anteproyecto de Bibiloni; 99 del Proyecto argentino de 1936.
En la primera hipótesis de nuestro artículo, la reversión es limitada a la premoriencia del donatario. Siendo así la intención del donante, la reversión tendrá lugar aun cuando el donatario le sobrevivan sus hijos.
La segunda hipótesis en que el donante subordina la reversión a un plazo resolutorio más largo cual es el que pediría la premoriencia no sólo del donatario, sino también la de sus hijos o descendientes, sin limitación de grado, lógico es que la reversión no tenga lugar sino por el vencimiento de dicho plazo resolutorio incierto cual es el día que muera el último descendiente del donatario.
En la tercera hipótesis o sea de la donación a un donatario sin hijos, la reversión estipulada para el caso de su premoriencia, se extingue por la existencia de hijos al tiempo de su muerte, y no revive sino en caso de muerte de éstos antes de la del donante.
Todo el artículo es versión al castellano de un pasaje de la obra de Aubry y Rau. (t. XI, parág. 700, notas 3 a 9, pág. 298, 5ª edición; Demolombe, t. XX, Nº 498 a 500, pág. 470 a 472; Toullier, opus cit. t. V, Nºs 286 y 287, pág. 284, 4ª edición; Delvincourt, opus cit. t. II, (8) pág. 278, edic. 1824; Duranton, opus cit. t. VIII, Nº 491, pág. 566, 4ª edición; Demante, opus cit. t. IV, Nº 93 bis, pág. 220, etc.).

Art. 1903. — Antes de vencer el plazo incierto resolutorio a que se subordina la reversión, el donante puede:

1º) renunciar el ejercicio del derecho estipulado á su favor;

2º) Consentir la venta de los bienes donados o la constitución de hipoteca sobre ellos, si fueren raíces, respecto del donatario y del adquirente, en el primer caso, y sólo respecto del acreedor hipotecario en el segundo.

Ver: arts. 1845 y 1846 C. argentino; 1612 y 1613 del Anteproyecto de Bibiloni; 1000 del Proyecto argentino de 1936; 1473 C. peruano.
Los arts. 1845 y 1846 del C. argentino de origen puramente doctrinal, trasegados de la obra de Aubry y Rau, quienes por referencia al primero de ellos explican que tratándose de derechos condicionales fundados en un contrato no puede invocarse la máxima Quod quis si velit habere, no potest, ei renuntiare non potest, sólo aplicable a eventualidades puramente legales, como las esperanzas de sucesión o una prescripción no cumplida. Los derechos condicionales hacen parte del patrimonio de las personas, de los que su titular puede disponer, como de cualquier otro bien de su pertenencia, sea cediéndolo a un tercero o al donatario mismo. Tal es el parecer de Demolombe.
Así el padre que hace a favor de uno de sus hijos una donación con reserva de reversión y luego procede a hacer una partición anticipada de sus bienes entre todos sus hijos, debe entenderse que renuncia a la reversión, porque los bienes asignados al hijo y a cuenta de su legítima no son los mismos que constituyan la partición. (ver autores y opus cits. t. XI, parág. 700, notas 16 y 17, pág. 301, 5ª edición; y Demolombe, t. XX, Nº 518, pág. 487).

Art. 1904. — La reversión tiene efecto retroactivo. Hace de ningún valor la enajenación de las cosas donadas, hechas por el donatario o sus hijos, y los bienes donados vuelven al donante libres de toda carga o hipoteca tanto respecto al donatario, como respecto de los terceros que los hubieren adquirido.

Ver: arts. 1847 C. argentino; 952 primer parágrafo C. francés; 792 C. italiano; 1522 C. de Luisiana; 1475 C. portugués; 1454 C. venezolano; 1614 del Anteproyecto de Bibiloni y 1001 del Proyecto argentino de 1936.
Cumplida la condición a que se subordina el ejercicio del derecho de reversión, produce ésta efectos ex tunc, es decir retroactivos, como es propio de la condición resolutoria de nuestro art. 618.
Si los bienes donados fuesen inmuebles, el título estaría inscrito en el Registro de la Propiedad, y publicado así respecto de terceros. Mal podrían éstos invocar su buena fe para oponerse a la eventual restitución del bien raíz sujeto a reversión según la toma de razón de su respectivo título, que sólo suple a la tradición cuando se trata de posesiones vacuas. (rt. 200 de la Ley paraguaya Nº 325).
También este precepto procede de Aubry y Rau (opus cit. t. XI, parág. 302, 5ª edición).

Art. 1905. — La donación puede ser gravada con cargos, sea en el interés del donante, o de un tercero, sea el cargo relativo al empleo o al destino que debe darse al objeto donado, sea que consista en una prestación cuyo cumplimiento se ha impuesto al donatario.

Ver: arts. 1825 C. argentino; 793 C. italiano; 245 C.F.S. de las Obligaciones; 1180 C. brasileño; 525 C. alemán; 953 C. francés; 647 C. español; 1426 C. chileno; 1483 C. colombiano, 1482 C. ecuatoriano; 1598 del Anteproyecto de Bibiloni; 994 del Proyecto argentino de 1936.
Expuesta ampliamente la doctrina relativa al modo o cargo bajo los Nºs 437 a 444 de nuestro Tratado de las Obligaciones, sería ocioso volver a repetirlo aquí. (t. I, pág. 415 y ss.).
Nuestro artículo es traslego literal del párrafo 1º del parág. 701 de la obra de Aubry y Rau, (t. XI, pág. 304, 5ª edición). Confróntese, además: Durantón, t. VIII, Nº548 y ss., pág. 642, 4ª edición; Troplong, Des Donations Entre-Vifs et des Testaments, t. III, Nº 1289, pág. 224; Demolombe, t. XX, Nºs 567 y

ss., pág. 530 y ss.; Trasbot in Planiol y Ripert, t. V, Donations et Testament, Nºs 328, pág. 345 y ss., y 471, pág. 480 y ss.; Ascoli, opus cit. Nº 18, pág. 213 y ss.; Messineo, opus cit. t. V, Nº 14, pág. 34 y ss.; Grandi, opus cit Nº 393, pág. 235, etc.
Acaso sea igualmente ocioso agregar la aclaración con que Aubry y Rau, Demolombe, Durantón y demás autores arriba citados apartan cualquiera duda acerca de la noción del cargo, y es que si el empleo de los objetos dados no ha sido indicado sino en el interés del donatario, esta indicación constituiría meros un modo que un simple consejo o una recomendación, y no engendraría ninguna obligación jurídica, a menos que de los términos de la disposición o de las circunstancias resulte que el disponente quizo que fuese obligatoria para el gratificado.
Así, la disposición de una suma de dinero donada para que el donatario sufrague sus estudios, no sería un cargo.

Art. 1906. — Las donaciones con cargo de prestaciones apreciables en dinero, son regidas por las reglas relativas a los actos a título oneroso, en cuanto a la porción de los bienes dados, cuyo valor sea representado o absorbido por los cargos; y por las reglas relativas a las disposiciones a título gratuito, en cuanto al excedente del valor de los bienes, respecto a los cargos.

Ver: art. 1827 C. argentino; 1599 del Anteproyecto de Bibiloni; 993 del Proyecto argentino de 1936.
Viene igualmente este precepto trasegado de la obra de Aubry y Rau, quienes enseñan a este propósito que si los cargos igualan, o poco menos, el valor de los objetos transmitidos a título de donación, la disposición no tendrá de donación sino el nombre, y será, en lo que atañe al donatario, exclusivamente regida por los principios concernientes a los actos a título oneroso. (autores y opus cits. t. XI, parág. 701, pág. 308, 5ª edición). Viene esta doctrina de Pothier (Traité du Contrat de Vente, Nº 612, pág. 242, in Oeuvres, t. III, 2ª edición) que Teullier repite (opus cit. t. V, Nº 185, pág. 187 y ss.), lo mismo que en nuestros días Trasbot, in Planiol y Ripert (opus cit. t. V, Nº 328, pág 345).

Art. 1907. — Las donaciones con cargos y las remuneratorias, no serán reducidas a la muerte del donante, por sus herederos forzosos para cubrir sus legítimas, sino en la parte que hayan de considerarse como donaciones gratuitas.

Ver: art. 1601 del Anteproyecto de Bibiloni; Aubry y Rau (opus cit. t. XI, parág. 701, pág. 308, 5ª edición). Sobre la supresión del art. 1829 del C. argentino, ver Bibiloni (opus cit. t. II, pág. 324).

Art. 1908. — Se aplicará al cargo ilícito o imposible lo dispuesto en el art. 1897.

Ver: art. 794 C. italiano.

Art. 1909. — El donante que no hubiere hecho tradición de los bienes donados, queda obligado a hacerla con los frutos de ellos desde la mora en que se hubiere constituído, pero sin ser considerado poseedor de mala fe
El donatario tiene acción personal contra el donante o sus herederos a fin de obtener de ellos la ejecución de la donación.

Ver: arts. 1833, 1834 y 1836 C. argentino; 1602 del Anteproyecto de Bibiloni y 985 del Proyecto argentino de 1936. En virtud de esta acción, agregan Aubry y Rau, el donatario está autorizado a reclamar, a título de daños y perjuicios, el valor de los bienes donados, toda vez que no pueda obtener su entrega, sea porque hayan perecido por culpa del donante o de sus herederos, o por dolo suyo. (opus cit. t. XI, parág. 705, pág. 332, 5ª edición).

Art. 1910. — El donatario debe cumplir los cargos que el acto de la donación le hubiere impuesto en el interés del donante, o de terceras personas.

Ver: art. 1838 C. argentino; 1605 del Anteproyecto de Bibiloni; Aubry y Rau, (opus cit. t. XI, parág. 706, pág. 339, 5ª edición).
Bien se ha dicho que el modus o cargo no es sino un derecho con obligación, por oposición a la condición que suspende el ejercicio del derecho.

Art. 1911. — El donatario no está obligado a pagar las deudas del donante, si a ellos no se hubiere obligado, aunque la donación fuere de una parte determinada de los bienes del donante.

Ver: art. 1839 C. argentino; 1607 del Anteproyecto de Bibiloni; 988 del Proyecto argentino de 1936. Como los anteriores, este precepto no es sino versión a nuestro idioma del pertinente párrafo de la obra de Aubry y Rau opus cit. t. XI, pág. 339).

Art. 1912. — Cuando la donación sea de una parte determinada de los bienes presentes del donante, podrá éste, antes de ejecutar la donación, retener un valor suficiente para pagar sus deudas, en la proporción de los

bienes donados y de los bienes que le quedaren, con las deudas que tenía el día de la donación.

Ver: art. 1840 C. argentino; 1608 del Anteproyecto de Bibiloni; 988 segunda parte del Proyecto argentino de 1936. (Aubry y Rau, opus cit. t. XI, pág. 340, 5ª edición).
Explicando este precepto diremos con Aubry y Rau que él se justifica por las consideraciones siguientes: 1º) cuando se trata de una donación hecha sin ningún detalle y en estos términos: **"Dono todos mis bienes presentes, ó la mitad, o la tercera parte de mis bienes presentes"**, el donante puede decir que por los términos: "bienes presentes", ha entendido designar sólo lo que reste de su fortuna hecha deducción de sus deudas, porque tal es, en el lenguaje ordinario, como en el lenguaje del Derecho, el sentido usual de la palabra "bienes". Si de otro modo se interpretase el acto de donación, se le atribuiría al donante la intención de defraudar a sus acreedores, lo que es inadmisible, razón por la cual debe autorizársele a deducir, del valor de sus bienes, el monto de las deudas que tenía el día de la donación; 2º) se comprende que la pretensión de hacer interpretar el acto en el sentido que acabamos de ver, no sería admisible de parte del donante si ya ha entregado todos sus bienes al donatario, o ha procedido con él a la partición de dichos bienes, sin deducción previa de las deudas, y sin reserva a este respecto. La plena y entera entrega de los bienes donados implicaría una interpretación en sentido opuesto, contra la cual el donante no sería admitido a alzarse; 3º) en fin, como el derecho de hacer la deducción de que se trata deriva de la intención presunta de las partes, evidente es que el juez podría decidir, según el conjunto del acto, que el donante no se ha reservado este derecho. Por lo demás, esta proposición se concilia muy bien con el principio según el cual el donatario de todo o parte de los bienes presentes del donante no está, a menos de una convención a la cual se ha sometido, obligado a pagar las deudas de él. En efecto, la ejecución de una donación puede suscitar dos cuestiones: la una, de saber qué sea lo comprendido en la donación, o, en otros términos, lo que el donante ha entendido donar, y la otra, la de saber cuáles sean los cargos a que el donatario está obligado. Baste enunciar estas cuestiones para comprender cuán distintas e independientes son la una de la otra: la primera, relativa a la obligación de entregar a cargo del donante, al paso que la segunda concierne al dontario, y supone, al menos en general, que la entrega ha tenido lugar. Si el donante, que ha dispuesto de todo o parte de sus bienes presentes está, según la naturaleza misma de la disposición, autorizado a retener un valor suficiente para pagar sus deudas, el donatario no debe menos por esto ser considerado como obligado a pagarlas o a contribuir a pagarlas. El ejercicio del derecho de retención que compete al donante, jamás podrá tener para el donatario otra consecuencia que la de disminuir o extinguir la ventaja de la donación. Distinta es la obligación a la cual el donatario se sometería de pagar las deudas del donante.
Esta obligación, que subsistiría en toda su extensión a pesar de la pérdida de las cosas donadas, y que comprometería al donatario más allá de los emolumentos de la donación, podría, desde este doble punto de vista, ocasionarle pérdidas. Aunque evidentes estas diferencias, han escapado a la mayor parte de los autores que se han ocupado de la cuestión de saber si la donación de todo ó parte de los bienes presentes, importa, por su naturaleza, la obligación de pagar las deudas del donante, razón por la cual es necesario, destacar los errores en que los unos han incurrido, y las incoherencias de la opinión de los otros. Para saber cuáles son las deudas respecto de las cuales puede el donante ejercer la deducción, deben aplicarse las reglas expuestas más arriba para el caso en que el donatario se haya obligado a pagar las deudas del donante".

Art. 1913. — En caso de evicción de la cosa donada, el donatario no tiene recurso alguno contra el donante, ni aun por los gastos que hubiere hecho con ocasión de la donación, a menos que el donante se hubiere obligado expresamente por la evicción.

Ver: arts. 2145 y 2146 inc. 1º C. argentino; 1379 del Proyecto argentino de 1936.
La razón que Zachariae da de este precepto es que el donante hace abandono de sus derechos sobre la cosa donada. (autor y opus cits. t. III, parág. 481, texto y nota 3 de Massé y Vergé, pág. 223; Pothier **Traité de donations entre-vif**, in Oeuvres, t. VIII, Nº 132 y 133, pág. 395, 2ª edición; Toullier, opus cit. t. V, Nº 207, pág. 221, 4ª edición; Durantón, opus cit. t. t. VIII, Nº 525, pág. 614, 4ª edición; Trasbot, in Planiol y Ripert, opus cit. t. V, Nº 466 y 467, pág. 476 y ss.; Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 705, texto y nota 4, pág. 33, 5ª edición; Demolombe, t. XX, Nº 544 y 545, pág. 507 y ss., etc.).
Ver igualmente: art. 797 inc. 1º C. italiano.

Art. 1914. — Cuando la donación ha sido hecha de mala fe por el donante, a sabiendas de que la cosa no era suya, debe él indemnizar al donatario de todos los gastos que la donación le hubiere ocasionado.

Ver: art. 2146 inc. 1º y 2147 C. argentino; 2254 del Anteproyecto de Bibiloni; 1380 del Proyecto argentino de 1936; art. 797 inc. 2º C. italiano, según el cual la obligación de garantía debe el donante por dolo o hecho personal suyo.
Incurriría en dolo el donante que hiciese por malicia la donación para ocasionar gastos al donatario, a sabiendas de que sería pronto eviccionado. (Pothier, opus cit. t. VIII, Nº 133, pág. 395). Si sólo incurriera en culpa no respondería de la evicción.
Massé y Vergé suponen el caso del donante que no paga las deudas hipotecarias constituídas por él sobre el inmueble donado, y cuyo pago no fue puesto a cargo del donatario. Peor sería si el donante, a sabiendas de no ser suya la cosa, la donase al donatario. Debe indemnizar a ésta todos los gastos que le hubiera ocasionado, incluso los voluptuarios.

Art. 1915. — El donatario, en el caso del artículo anterior, no tendrá acción alguna contra el donante, cuando hubiere sabido al tiempo de la donación que la cosa donada pertenecía a otro.

Ver: art. 2148 C. argentino; 2255 del Anteproyecto de Bibiloni; 1380 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936. En este caso se daría la mala fe del donatario.

Art. 1916. — En las donaciones con cargo, deberá el donante abonar

lo desembolsado por los gastos impuestos, cuando la evicción fue total. En caso de evicción parcial, si la parte que conservare el donatario fuere suficiente para cubrir el valor de los cargos, nada podrá reclamar del donante.

Si esa parte fuere inferior al valor de los cargos cumplidos, el donante indemnizará por el excedente según las reglas del enriquecimiento indebido. Si las cargas fueron impuestas a favor de un subdonatario, sólo tendrá el donatario acción contra éste.

Ver: arts. 2146 inc. 3º y 2149 C. argentino; 2256 del Anteproyecto de Bibiloni; 1380 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 797 inc. 3º C. italiano.

Para comprender este precepto se impone una revista histórica de la doctrina. Partiendo Pothier de la idea de que las donaciones onerosas en las que el valor de los cargos en relación al de la cosa donada, dijo que no son tales sino de nombre, pues, son como una venta. El donante es, como un vendedor, quien contrata con la otra parte las mismas obligaciones que el vendedor contrae a favor del comprador, y el donatario, por su parte, contrae la obligación de pagar los cargos que le son impuestos. Esta donación da lugar, lo mismo que el contrato de venta, al retracto, y a los beneficios señoriales. (ver: autor cit. **Traité du Contrat de Vente**, in Oeuvres, t. III, Nº 612, pág. 242, 2ª edición).

Bajo la influencia de Pothier, enseñaron Aubry y Rau en la 3ª edición de su obra (que es la que Vélez Sarsfield tuvo a la vista al tiempo de compilar el Código argentino) que cuando la donación es onerosa, el donante debe la garantía en proporción del monto de los cargos al valor de los bienes donados, sea que los cargos hayan sido establecidos en interés del propio donante, o en beneficio de un tercero, o que la evicción sufrida por el donatario sea total o parcial.

Si la donación fuere hecha en remuneración de servicios prestados, debe el donante la garantía en proporción del valor de los servicios prestados al de los bienes donados. (ver autores y opus cit. t. VI, parág. 705, texto y nota 9 y 10, pág. 94 y ss.).

A esta conclusión llegaron Aubry y Rau en disidencia con Durantón quien ya por entonces enseñaba a su vez que el donante no debe garantía en razón de una donación onerosa sino cuando los cargos han sido establecidos en su interés personal, y por otra parte que, aun en el caso de estar sometido a esta garantía, su obligación se limita a la restitución de lo que el donatario ha pagado además de los frutos o rentas de los bienes donados. De otro modo, agrega Durantón, él retendría **sine causa**, o por una causa de efecto frustrados, **causa data, causa non secuta**, lo que él hubiese percibido. Mas si los cargos han sido establecidos a favor de un tercero, el donante no estaría obligado a restitución alguna, y la cuestión de si el propio tercero estaría obligado, dependería, en general de las circunstancias del negocio y de la naturaleza de los cargos (ver autor y opus cit. t. VIII, Nº 531, pág. 620, 4ª edición).

La discrepancia de Aubry y Rau les llevó a decir respecto de esta doctrina según la cual el autor de una donación onerosa no puede, en caso de evicción, ser perseguido sino por una especie de **condictio sine causa, o causa data causa non secuta**, que es errónea, porque siendo como una venta la donación onerosa en la proporción de los cargos al valor de los bienes donados, ella engendra, en esta proporción, una verdadera obligación de garantía. (ver nota 9 al parág. 705 ya citado, pág 94, 3ª edición).

Tan indiscutible, como era, la ejecutoria de Aubry y Rau, fue Vélez determinado a decidir por el art. 2149 de su Código que: "**En las donaciones con cargo, el donante responderá de la evicción de la cosa en proporción del importe de los cargos, y al valor de los bienes donados, sea que los cargos estén establecidos en el interés del mismo donante, o que ellos sean a beneficio de un tercero, sea la evicción total o parcial**", y por su art. 2150 que "**En las donaciones remuneratorias, el donante responde de la evicción en proporción al valor de los servicios recibidos del donatario, y al de los bienes donados**".

Mas Aubry y Rau rectificaron en la 5ª edición de su obra la doctrina que habían expuesto en la 3ª diciendo que: que se debe, para determinar el monto de una liberalidad sometida a colación o a reducción, deducir del valor de los bienes dados el de los cargos impuestos al donatario, o el precio de los servicios prestados al donante, todo lo cual es muy sencillo. Al hacerlo, se deja a la disposición su caracter propio; pero no se puede someter al donante, en razón de los cargos y servicios, a la garantía de evicción que, sin descomponer la disposición en dos actos o contratos, el uno a título gratuito, y el otro a título oneroso. Ahora bien, este procedimiento de descomposición es contrario a lo que en esta especie de donaciones ocurre entre las partes, a la naturaleza del quod gestum. El donante no entiende disponer a título gratuito de sólo una cuota parte de sus bienes, y hacer de lo restante objeto de una venta. Cuanto al donatario, no entiende él comprar una parte cualquiera de los bienes. El acepta la donación, como tal, por la totalidad de los bienes que le son donados. La realidad es que el donante da menos y que el donatario recibe menos. Tal es el punto de vista desde el cual la jurisprudencia niega al donante el privilegio del vendedor para el cobro de las prestaciones impuestas al donatario; y, por otra parte, no es dudoso a la revocación por ingratitud o de sobrevenida de hijos, salvo solamente la indemnización debida al donatario en razón de los cargos que ha cumplido o del precio de los servicios por él prestados. La asimilación parcial que se quisiese hacer entre las donaciones de esta especie y la venta, para extender a ellas, en una cierta medida, la obligación de garantía, del art. 1626 (del C. francés), debe ser rechazada por fundarse en una idea inexacta. Siendo así, como lo es, no puede en principio, reconocerse al donatario evicccionado sino el derecho de repetir, **conditione sine causa**, el monto de los cargos que hubiera pagado". ~ 7

Hasta aquí Aubry Rau han debido admitir el acierto de Duranton (t. VIII, Nº 531, pág. 620, 4ª edición) y de Demolombe (t. XX, Nº 548 y 549, pág. 509 a 513), siquiera discrepantes de estos autores según quienes el derecho del donatario a repetir el valor de los cargos por él pagados debe ejercerse con deducción de los frutos y rentas que hubiese percibido. El donatario, dicen a este propósito Aubry y Rau, no debe cuenta alguna al donante de los frutos y rentas que ingresaron en su patrimonio personal, aprovechándose de ellos, menos en virtud de la donación que, como poseedor de buena fe, y que ha ganado no contra el donante, sino contra su legítimo propietario. (ver nota 6 al parág. 705 del t. XI, pág. 334 y ss.).

Conocidos estos antecedentes de doctrina, se comprenderá que viniendo Bibiloni a esbozar su Anteproyecto, la haya consagrado en su art. 2257, qué es la fuente de nuestro artículo.

Art. 1917. — Cuando la evicción se ha producido por causa del donante, anterior a la donación, la indemnización se regirá por los arts. 1914 y 1915.

Si se tratare de una hipoteca que el donante se obligó a pagar, podrá el donatario repetir, como subrogado del acreedor, lo que abonó para impedir la evicción.

Si la venta del bien se produjo, sólo tendrá acción para repetir la parte

de precio con que se cubrió el importe de la hipoteca y condenaciones accesorias.

Ver: art. 2151 C. argentino; 2258 del Anteproyecto de Bibiloni; 1382 del Proyecto argentino de 1932; 3558 incs. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1918. — Cuando la donación ha tenido por objeto dos o más cosas de la misma especie, bajo una alternativa, o una cosa que el donatario debe tomar entre varias de la misma especie, y le fuere quitada por sentencia la cosa que se le había entregado, el donatario tendrá derecho a pedir que la donación se cumpla en las otras cosas.

Ver: art. 2152 C. argentino; 3561 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 705, texto y nota 18, pág. 338, 5ª edición; Demolombe, t. XX, Nº 556, pág. 517. Sin correspondencia en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 1919. — El donatario de una cosa determinada sólo en cuanto a su especie, y que se encuentra desposeído de ella por sentencia, tiene derecho a que se le entregue otra de la misma especie.

Ver: arts. 2153 C. argentino; 2261 del Anteproyecto de Bibiloni; 3561 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; Demolombe, t. XX, Nº 555, pág. 517; Aubry y Rau, t. XI, parág. 705, texto y nota 19, pág. 338, 5ª edición; Duranton, t. VIII, Nº 530, pág. 619, 4ª edición.

Art. 1920. — El donatario vencido tendrá derecho, como representante del donante, para demandar por la evicción al enajenante de quien el donante tuvo la cosa por título oneroso, aunque éste no le hubiere hecho cesión expresa de sus derechos.

Ver: art. 2154 C. argentino; 2262 del Anteproyecto de Bibiloni; 1383 del Proyecto argentino de 1936; 3560 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1921. — Salvo pacto especial en contrario, la garantía del donante no se extiende a los vicios de la cosa, a menos que el donante haya incurrido en dolo.

Ver: art. 798 C. italiano; 2165 C. argentino; 2264 del Anteproyecto de Bibiloni; 3604 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1922. — La nulidad de la donación, cualquiera que sea la causa de que dependa, no puede ser opuesta por los herederos o causahabientes del donante que, conociendo la causa de nulidad, han confirmado la donación, después de la muerte de aquél, o han procedido a su ejecución voluntaria.

Ver: art. 799 C. italiano. Esta precepto, dice Messineo, se inspira en el principio de la conservación del negocio (t. V, parág. 139, Nº 15, B), pág. 37). Se repite la substancia del art. 1311 del C. italiano de 1865, ya abrogado. (Grandi, opus cit. Nº 383, pág. 236).

CAPITULO IV

De la revocación de las donaciones

Art. 1923. — La donación aceptada sólo puede ser revocada en los casos previstos en el presente Capítulo.

Ver: arts. 1848 C. argentino; 1616 del Anteproyecto de Bibiloni; 1002 del Proyecto argentino de 1936; Acevedo 1628; 953 C. francés; 1546 C. de Luisiana; 644 y ss., C. español; 1482 y ss., C. portugués; 676 C. boliviano; 1428 C. chileno; 1485 C. colombiano; 1484 C. peruano; 1181 C. brasileño; 800 C. italiano; 1631 y ss., C. uruguayo; 1459 C. venezolano; 1477 y ss., C. peruano; 731 y ss., C. guatemalteco; 2359 y ss., C. mexicano; 1405 C. costarricense; 2790 y 2793 y ss., C. nicaraguense; 1331 y 1334 y ss., C. hondureño; 2149 del Esboço de T. de Freitas; 416 del C. Civil de la República de China etc.

Si en principio todas las convenciones son irrevocables por voluntad de una de las partes, salvo los casos en que por excepción lo autoriza la ley fundada en la voluntad presunta de las partes, las donaciones escapan a la posibilidad de su revocación por causa que dependa de la voluntad arbitraria de ellas. Siendo así, las reglas que vamos a examinar, por las cuales se admite la revocabilidad de las donaciones, son de caracter especial al contrato que nos ocupa.

Art. 1924. — Cuando el donatario ha sido constituído en mora respecto a la ejecución de los cargos o condiciones impuestos a la donación, el donante podrá pedir la revocación de ella.

Ver: arts. 1849 C. argentino; 1617 del Anteproyecto de Bibiloni; 1003 del Proyecto argentino de 1936; 953 y 954 C. francés; 1546 Inc. 2º y 3º, 1552, 1554 y 1555 C. de Luisiana; 647 C. español; 1181 parág. 2º C. brasileño; 1426 C. chileno; 1483 C. colombiano; 1482 C. ecuatoriano; 1632 C. uruguayo; 677 C. boliviano; 726 C. guatemalteco; 2791 C. nicaraguense; 1332 C. hondureño.

Aubry y Rau, fuente del 1849 del C. argentino, enseñan que la inejecución de los cargos por el donatario no puede dar lugar a revocación sino en tanto el donatario se encuentre constituído en mora. Y así y todo —agregan— la revocación no tiene lugar sino en virtud de sentencia obtenida contra el donatario, a menos que al estipular el pacto comisorio, el donante haya expresamente agregado que este pacto produciría de pleno derecho sus efectos, y fuera de este caso, el juez está autorizado a acordar al donatario un plazo para el cumplimiento de su obligación. El art. 956 del C. francés es terminante a este propósito al estatuir que: "La revocación por causa de inejecución de las condiciones o por causa de ingratitud, no se verifica nunca ipso iure". En fin, dicen nuestros autores, la revocación se produce con efecto retroactivo, de tal suerte que ella entraña la resolución de las enajenaciones consentidas por el donatario, y restituye los bienes donados en poder del donante o de sus habientes derechos, libres de todo gravamen e hipotecas a cargo del donatario. (ver autores y opus cits. t. XI, parág. 705 bis, texto y notas 2 a 6, pág. 349, 5ª edición).

Art. 1925. — El donante puede demandar la revocación de la donación por causa de inejecución de las obligaciones impuestas al donatario, sea cual fuere la causa del incumplimiento y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible, a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario, salvo el caso en que la imposibilidad haya sobrevenido antes que él se hubiere constituído en mora.

Ver: arts. 1850 C. argentino; 1618 del Anteproyecto de Bibiloni; 1003 del Proyecto argentino de 1936. Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 707 bis, texto y Nºs. 9 quater, y 10, pág. 352 y ss.; Demolombe, opus cit t. XX, Nºs. 598 y 599.

Explicando Aubry y Rau esta parte de su obra enseñan que si la inejecución de las obligaciones a cargo del donatario fuese parcial, y debida a circunstancias independientes de su voluntad, puede el juez declararla insuficiente para la revocación según los términos del contrato y la intención de las partes.

Si la obligación de dar caución impuesta al donatario de usufructo le fuese imposible, esta imposibilidad no autorizaría la revocación de la donación, porque la carga le estaría impuesta no en su calidad de donatario, sino de usufructuario, salvo que la caución fuese substituida por garantías equivalentes.

Creemos, dice Demolombe, que generalmente convendría hacer más difícil la revocación de una donación que el pronunciamiento de la resolución de un contrato sinalagmático a título oneroso: sea porque, aun reconociendo que se presume que el donante estipuló la condición resolutoria tácita para el caso de inejecución de las condiciones, no es verosímil que su pensamiento beneficiador haya sido el de que el dontario deba ser, desde el primer retardo, necesariamente destituído de la liberalidad; sea porque la revocación de una donación causa siempre al donatario un perjuicio más considerable que podría serlo el ocasionado por la revocación de un contrato conmutativo pronunciado a demanda de una de las partes contra la otra. La imposibilidad sobrevenida antes de que el donatario haya incurrido en mora no autoriza a demandar la revocación, como por ejemplo, dice nuestro autor, del donatario obligado a entregar al donante o a un tercero un cuerpo cierto que hubiere perecido por caso fortuído antes de su constitución en mora. (opus cit. págs. 563 y ss.).

Art. 1926. — La revocación por inejecución de las condiciones o cargas, sólo es relativa al donatario, y no perjudica a los terceros a cuyo beneficio las condiciones o las cargas hubieren sido estipuladas por el donante.

Ver: art. 1851 C. argentino; 1619 del Anteproyecto de Bibiloni; sin correspondencia en el Proyecto argentino de 1936.

El tercero en cuyo beneficio se ha establecido el cargo que por su aceptación deviene indirectamente donatario, no puede ser privado de la ventaja instituída a su favor por un hecho personal del donatario principal, (Demolombe, t. XX, Nº 613, pág. 576).

Art. 1927. — Los terceros a cuyo beneficio las cargas fueron impuestas, sólo tienen una acción personal contra el donatario para obligarle a cumplirlas. Si la ejecución del cargo es de interés público, la autoridad competente puede exigir también la ejecución después de la muerte del donante.

Ver: art. 1853 C. argentino; 1621 del Anteproyecto de Bibiloni; 1003 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936. Aubry y Rau, opus cit. t. XI, parág. 707 bis, pág. 351, 5ª edición.

Art. 1928. — El donatario responde del cumplimiento de los cargos con solo la cosa donada, y no está obligado personalmente con sus bienes. Puede él substraerse a la ejecución de los cargos por la restitución íntegra de los bienes donados o de su valor, si no lo pudiere, a menos que hubieran perecido por caso fortuito.

Ver: art. 1854 C. argentino; 1622 del Anteproyecto de Bibiloni; 1004 del Proyecto argentino de 1936. Se substituye, a sugestión de Bibiloni, la palabra **abandono** del art. 1854 del C. argentino, por **restitución**, que es lo propio.

Los fundamentos del presente artículo están expuestos en la substanciosa nota de Vélez Sarsfield al art. 1854 de su Código. Confutando él en esta apostilla el parecer de Toullier (t. V, Nº 283, pág. 281, 4ª edición), de Duranton (t. VIII, Nº 444 y 544, págs. 494 y 637, 4ª edición), y Marcadé (t. III, art. 954, pág. 587, 6ª edición), según el cual el donatario está obligado personalmente con sus bienes al cumplimiento de los cargos, y que no se libra de la obligación de ejecutarlos por el abandono de la cosa donada, porque la donación es un contrato y porque el vínculo por ella formado no es menos serio, ni menos válido que el que forman los otros contratos, y finalmente, porque el donatario ha consentido sufrir los cargos que se les impone, está obligado a ejecutarlos, sin que para substraerse a esta obligación pueda ofrecer el abandono de lo que ha recibido, dice Vélez Sarsfield que fundamentos más serios que éstos nos conducen a la resolución contraria; tanto por la naturaleza de la obligación, que no permite considerar al donatario como un deudor, como por el espíritu de las leyes que interpretan la duda en favor de la libertad y no en favor de las obligaciones personales, por el nombre del contrato, la calidad de donante que toma el cedente, y la que el cesionario acepta. Poco importa —agrega— que la intención del donante fuese obligar personalmente al donatario, si no lo ha formulado expresamente en el acto. Si los cargos se imponen a la transmisión de una cosa, son sólo reservas hechas por el cedente sobre la cosa enajenada, restricciones puestas por él al importe de la cesión, y no obligaciones personales impuestas al cesionario. Los cargos son cláusulas subsidiarias, que no han podido formar para ninguna de las partes, el objeto principal del contrato, y que no pueden alterar la esencia de la liberalidad. Así, las leyes de todos los Códigos tratan de las donaciones con cargos, bajo el título mismo de las donaciones pura y simples, y no contienen respecto de ellas, ninguna disposición especial para la revocación por inejecución de los cargos, mostrando de este modo que los cargos impuestos a una liberalidad, no destruyen su carácter, y que no pueden tener el efecto de substituir, a las reglas propias de las liberalidades, las de los contratos onerosos.

Finalmente dice Vélez Sarsfield: "Sólo por una cláusula expresa, el donatario podría llegar a ser deudor personal. Su situación es como la del poseedor de un bien hipotecado respecto al acreedor hipotecario, igual a todos aquellos que son obligados, no en su nombre propio y con todos sus bienes, sino en cierta calidad que ellos pueden repudiar y sobre un bien determinado que pueden abandonar".

Art. 1929. — Las donaciones pueden también ser revocadas por causa de ingratitud en los casos siguientes:

1º. Cuando el donatario ha atentado contra la vida o la persona del donante, su cónyuge o sus descendientes o ascendientes;

2º. Cuando ha inferido injurias graves a las mismas personas, o las ha agraviado en su honor, o las hizo víctimas de sevicia;

3º. Cuando ha rehusado alimentos al donante que los pidió para sí y las personas con derecho a exigirlos de él;

4º. Cuando ha cometido delitos graves contra los bienes del donante.

La aplicación de cualquiera de los incisos precedentes no requerirá que exista sentencia condenatoria contra el culpable. Bastará la prueba de su resolución o ejecución.

Ver: arts. 1858 C. argentino; 955 C. francés; 1547 C. de Luisiana; 801 C. italiano; 1488 C. portugués; 1725 C. holandés; 943 C. austriaco; 648 C. español; 678 C. boliviano; 1428 C. chileno, 1485 C. colombiano; 1484 C. ecuatoriano; 1634 C. uruguayo; 1460 C. venezolano; 1811 parág. 1º C. brasileño; 2370 C. mexicano; 731 y 732 C. guatemalteco; 1480 C. peruano; 2793 C. nicaragüense; 1334 C. hondureño; 416 del C. civil de la República de China; 249 C.F.S. de las Obligaciones; 530 C. alemán; 1623 del Anteproyecto de Bibiloni; 1007 del Proyecto argentino de 1936; en contra de la estipulación expresa de revocación por ingratitud, art. 2148 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas. La ingratitud, como causa de revocación de las donaciones, es configurada de distintos modos por los diversos Códigos, de donde viene que algunos de ellos se hayan limitado a reducir los varios casos tradicionales de ingratitud a sólo el de indignidad para heredar.

Art. 1930. — Para que los hechos del donatario en los casos expresados den causa para la revocación de la donación, deben ser normalmente imputables al donatario: pero la minoridad no puede excusarlo cuando voluntariamente y con suficiente discernimiento, se ha hecho culpable de hechos de ingratitud contra el donante.

Ver: art. 1861 C. argentino; 1624 del Anteproyecto de Bibiloni; Aubry y Rau, t. XI, parág. 708, texto y nota 5, pág. 371, 5ª edición; Duranotn, t. VIII, Nº 556, pág. 648, 4ª edición; Demolombe, t. XX, Nº 624, pág. 589; Josserand, t. III, Nº 1626, pág. 843; Trasbot, in Plaiol y Ripert, t. V, Nº 469, pág. 478 y Nº 500, pág. 515; Colin in Baudry Lacantinerie, **De Donations Entre Vifs et des Testament**, t. I, Nº 1596 y ss., pág. 701 etc.

La revocación por ingratitud es una pena infligida al donatario desagradecido, de antiguo establecida por todos los códigos. Justiniano enumeró cinco causas de revocación por ingraittud: las injurias graves, las violencias contra la persona del donante, los perjuicios considerables ocasionados por dolo en los bienes del donante, el atentado contra su vida, la inejecución de las condiciones de la donación.

Los doctrinadores franceses fundamentan la revocación por ingratitud en la infracción de la obligación de gratitud (**reconnaisance**), concebida como deber moral del beneficiado con una liberalidad a su bienhechor. Ella se diferencia de la revocación por inejecución de los cargos en que la carga constituye para el donatario una obligación civil cuyo incumplimiento puede dar lugar a una demanda, al paso que la sanción de la ingratitud es la revocación de la liberalidad.

La enumeración de los casos de revocación por ingratitud es limitativa. Y la sanción es aplicable a toda clase de donación las mutuas, las indirectas y las simuladas. Las únicas donaciones que por derecho francés escapan a esta sanción son las hechas en consideración o en contemplación de un matrimonio. (ver Trasbot in Plaiol y Ripert, t. V, Nº 469, pág. 478 y Nº 500, pág. 515 y ss.).

Lo preceptuado por nuestro artículo sobre la inexcusabilidad de la responsabilidad del menor con suficiente discernimiento, es conforme con lo dispuesto en el art. 519 del presente Código, según el cual los mayores de diez años cumplidos son responsables por los hechos ilícitos, porque se les considera con suficiente discernimiento para distinguir lo justo de lo injusto, el bien del mal, lo lícito y lo prohibido.

Art. 1931. — Queda excluida la demanda de revocación por ingratitud cuando el donante ha causado intencionalmente su indigencia o por negligencia grave, o cuando el donatario no se encuentra en condiciones de restituir los bienes donados, sin comprometer su propio sustento y el de las personas a quienes legalmente debe alimentos.

Ver: art. 1625 del Anteproyecto de Bibiloni; 1009 del Proyecto argentino de 1936; 529 C. alemán. Traído por Bibiloni este precepto del art. 529 del C. alemán, omite la parte de este precepto relativo a la prescripción de diez años transcurridos antes de la indigencia y computados desde la fecha de la prestación del bien donado. Siendo así, y conforme con el presente artículo, dos son las excepciones a la revocación de la donación por ingratitud, fundadas: 1º en la culpa o negligencia del donante; y 2º en la indigencia del donatario, análoga al beneficio de competencia conferido al donante por el art. 1878.
La culpa o negligencia del donante a que se refiere el presente artículo es la que el art. 1611 del C. alemán sanciona con la limitación de la pensión alimenticia a lo estrictamente necesario del que por culpa moral se ha reducido a la pobreza, como por ejemplo, si perdiese en juego su fortuna.
La pérdida intencional tendría lugar si el donante perdiese su fortuna en juegos de Bolsa o en especulaciones dependientes de lo fortuito.

Art. 1932. — El suministro de alimentos por el donatario sólo procede en el caso del artículo anterior cuando el donante no pueda obtenerlos de sus parientes legalmente obligados a prestarlos, o no se encuentren éstos en la posibilidad de satisfacerlos sin estrechez. En todos los casos y según las circunstancias podrá el juez fijar la contribución proporcional del donatario, o la prestación total de éste.

Ver: art. 1626 del Anteproyecto de Bibiloni; 1008 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.
Viene el presente artículo como consagración del parecer de Zachariae, Marcadé y Demolombe en discrepancia con Duranton acerca de las condiciones a que debe subordinarse la obligación alimenticia del donatario a requerimiento del donante caído en insolvencia. Era opinión de Duranton que ella es exigible siempre que el donatario pueda realmente suministrar al donante la prestación de alimentos, aun cuando éste tuviese hijos en estado de suministrárselos. Siendo así, y expirado que sea el plazo fijado por el donante al donatario para que cumpla dicha obligación, sin que este se avenga a satisfacerla, podría el donante demandarle por revocación de la donación (ver autor y opus cits. t. VIII, Nº 558, pág. 651, 4ª edición).
Mas discrepante Demolombe con este parecer, sostiene que el donante no se encuentra en la indigencia, si por otras vías puede obtener alimentos.
La doctrina contraria, agrega nuestro autor, conduce a admitir que toda donación exime a los parientes de la obligación de suministrar alimentos al donante, en tanto los bienes por él donados no hayan sido consumidos por esta causa.
Enseña finalmente que en esta materia de alimentos, esencialmente subordinada a circunstancias de hecho, y en la que los jueces deben gozar de una gran amplitud de apreciación, podrían tener en cuenta, por ejemplo, si los parientes del donante son más o menos escasos de recursos y si la importancia de la donación es más o menos considerable. (ver autor y opus cits. t. XX, Nº 647, pág. 608).
Esta doctrina había sido ya enunciada por Zachariae, opus cit. t. III, parág. 484, texto y nota 8, pág. 233; Marcadé, opus cit. t. III, art. 955, pág. 589, 6ª edición; Toullier, Des Donations, t. III, Nº 1315, pág. 243).
Fundado nuestro artículo en estas consideraciones estatuye que en todos los casos y según las circunstancias podrá el juez fijar o la cuota proporcional o la prestación total del donatario, y agrega al fin que si mediando urgencia, se negare el donatario, so color la existencia de otros (parientes) legalmente obligados a suministrar alimentos al donante, se negare a prestarlos, incurrirá en ingratitud, y se hará pasible, de la acción de revocación.

Art. 1933. — La revocación por causa de ingratitud no puede ser demandada cuando el donante ha perdonado, o cuando ha transcurrido un año desde que tuvo conocimiento de los hechos que la autorizaban. Sólo puede demandarla el donante en persona. No lo pueden sus acreedores en su nombre, ni a título propio.

Ver: art. 1864 y 4033 C. argentino; art. 1627 del Anteproyecto de Bibiloni; 957 C. francés; 1548 C. de Luisiana; 652 C. español; 1490 C. portugués; 680 C. boliviano; 1430 C. chileno; 1487 C. colombiano; 1635 y 1637 C. uruguayo; 1461 C. venezolano; 802 C. italiano; 1184 C. brasileño; 1487 C. austriaco; 532 C. alemán; 251 C.F.S. de las Obligaciones; 734 C. guatemalteco; 1482 C. peruano; 2372 C. mexicano; 1407 C. costarricense; 2792 C. nicaraguense; 1336 C. hondureño; 416 in fine C. Civil de la República de China; Windscheid, **Diritto delle Pandette**, t. II, parág. 367, texto y nota 19 de Fadda y Bensa, pág. 423; Aubry y Rau, t. XI, parág. 708, texto pág. 381 y nota, 23, pág. 382, 5ª edición; Duranton, t. VIII, Nº 560, pág. 652, 4ª edición; Troplong, t. III, Nº 1332, pág. 257; Demolombe, t. XX, Nº 683, pág. 637; Marcadé, t. III, Nº 706, pág. 591, 6ª edición.

Art. 1934. — Los herederos del donante no pueden deducir la acción, sino cuando éste hubiera fallecido dentro del término expresado en el artículo anterior, sin perdonar, o sin intentar la demanda. Pueden los herederos promover la acción dentro del año, cuando el donante fue muerto voluntaria e ilegalmente por el donatario, o éste impidiera que hiciere la revocación.

Ver: arts. 1628 del Anteproyecto de Bibolini; 530 parég. 2º C. alemán; 251 C.F.S. de las Obligaciones; 802 C. italiano; Aubry y Rau, t. XI, parág. 708, texto y nota 22, pág. 382, 5ª edición; Troplong, t. III,

Nº 1332, pág. 257; Planiol, t. III, Nº 2649, pág. 666, 9ª edición; y Bibiloni, t. II, nota al art. 1628 de su Anteproyecto, pág. 330..

Queda así corregido el art. 1864 del Código argentino según el cual la revocación por ingratitud no puede ser demandada **"sino por el donante y sus herederos"**, y se aclara que el plazo de que disponen para accionar no es de prescripción, sino lo que los franceses llaman **délai préfix**, plazo prefijado, que corresponde a la idea de **caducidad** de nuestro derecho.

Siendo así, la acción conferida a los herederos es de excepción, en cuanto se subordina a la condición de que el donante hubiese fallecido dentro del año corrido desde que tuvo conocimiento del acto injurioso del donatario, sin perdonar o sin intentar su demanda. Si el donante intentó la acción antes de vencido el plazo y falleciese, sus herederos podrán continuarla. Finalmente, los herederos pueden promover la acción dentro del año, si el donante hubiese sido muerto injustamente por el donatario, o si éste le hubiese impedido que revocase la donación. Al sistema que acabamos de exponer se opone el del art. 532 in fine del C. alemán según el cual: **"La revocación no es admisible después de la muerte del donante"**, salvo que éste haya sido muerto voluntaria e ilegalmente por el donatario, art. 530 in fine.

Art. 1935. — La demanda por revocación de la donación, no puede ser intentada sino contra el donatario, y no contra sus herederos o sucesores; mas cuando ella ha sido entablada contra el donatario, puede continuar contra sus herederos o sucesores.

Ver: art. 1865 C. argentino; 1629 del Anteproyecto de Bibiloni; 1011 del Proyecto argentino de 1936; 957 segunda parte C. francés; 1548 parág. 2º C. de Luisiana; 1725 C. holandés; 948 C. austriaco; 653 parág. 2º C. español; 681 C. boliviano; 1491 C. portugués; 1185 C. brasileño; 1636 C. uruguayo; 1430 C. chileno; 1487 C. colombiano; 1486 C. ecuatoriano; 251 parág. 3º C.F.S. de las Obligaciones; 530 in fine C. alemán; 2373 C. mexicano; 739 C. guatemalteco; 1407 in fine C. costarricense; 2795 C. nicaraguense; 1336 C. hondureño; 417 C. Civil de la República de China; Aubry y Rau, t. XI, parág. 798, texto y nota 21, pág. 380, 5ª edición; Toullier, t. V, Nº 337, pág. 310, 4ª edición; Durantón, t. VIII, Nº 562, pág. 653, 4ª edición; Troplong, t. III, Nº 1328, pág. 255; Zachariae, t. III, parág. 484, texto y nota 21, pág. 237. Según estos autores la acción contra los herederos del donatario en el solo caso de habérsela entablado contra su autor o sea contra el propio donatario, viene de la regla romana: **Actio utrius que non nisi praeparata ad heredes transit**, o de esta otra: **Omnes actiones quae morte auto tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent.**

Art. 1936. — Las donaciones onerosas y las remuneratorias, pueden ser revocadas por las mismas causas que las gratuitas, sin perjuicio de reembolsar el valor de las cargas satisfechas, o el de los servicios prestados. Se aplica esta disposición a las remisiones gratuitas y a las donaciones manuales.

Ver: art. 1863 C. argentino; 1630 del Anteproyecto de Bibiloni; 1012 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. XI, parág. 808, texto y notas 13 a 17, pág. 377, 5ª edición; Pothier, T. de Donations, in Osuvres, t. VIII, Nº 197, pág. 415, 2ª edición; Troplong, t. III, Nº 1318, pág. 246; Toullier, t. V, Nº 328, pág. 307, 4ª edición; Durantón, t. VIII, Nº 567, pág. 660, 4ª edición; Zachariae, t. III, parág. 434, texto y nota 10, pág. 233; Marcadé, t. III, sobre el art. 959 — III, pág. 601 etc.

El presente artículo decide una vieja controversia de los tratadistas franceses relativa a la extensión en que las donaciones remuneratorias pueden ser revocadas sin incurrir en una ingratitud del donante.

En efecto, mientras Pothier enseña que las donaciones remuneratorias son revocables por causa de ingratitud, hasta la concurrencia de lo que ellas excedan el precio de los servicios, en cambio Toullier (opus cit. Nº 186, pág. 189 y Nº 328, pág. 307) sostiene que no teniendo de donaciones sino de nombre las remuneratorias, no son en puridad donaciones propiamente dichas, de suerte que siendo así, incurriría el donante que las revocase en una especie de ingratitud.

Explícase así que viniendo posteriormente Marcadé sobre estos puntos a admitir la revocabilidad de las donaciones onerosas o remuneratorias, admita al mismo tiempo que en caso de revocación quede el donatario investido del derecho de demandar al donante por indemnización de los cargos que él hubiera ejecutado o de los servicios que le hubiera prestado, siempre que éstos sean de los que, por ser estimables en dinero, podrían dar lugar a una acción por cobro de su valor.

Suponemos, agrega Marcadé, que la importancia de los cargos impuestos o de los servicios prestados no iguala al valor de los bienes donados. Porque si fuese de otro modo, el acto, a pesar de su calificación de donación, sería en verdad a título oneroso y no podría, desde entonces, ser revocado por ingratitud.

A resolver estas dificultades estatuye nuestro artículo que si el donante puede revocar las donaciones onerosas y las remuneratorias debe reembolsar al donatario el valor de las cargas satisfechas o el de los servicios prestados, regla que también se aplica a las remisiones gratuitas y a las donaciones manuales.

Art. 1937. — La revocación de la donación con cargos tiene lugar según las disposiciones de este Código relativas a la resolución de los contratos sinalagmáticos, y la restitución de los bienes donados se hará conforme con las reglas del enriquecimiento sin causa.

En el caso de que algún tercero hubiera adquirido gratuitamente alguno de los bienes donados, o por efecto de una prenotación le afectaren las acciones de enriquecimiento injusto, podrá impedir los efectos de la revocación por su oferta de cumplir las obligaciones impuestas al donatario, si no hubieren ser ejecutadas precisa y personalmente por éste.

Ver: art. 1631 del Anteproyecto de Bibiloni; 1006 y 1013 del Proyecto argentino de 1936; 527 C. alemán; 249 del C.F.S., de las Obligaciones.

Bufnoi, Cezelles, Challamel, Drioux y demás traductores y anotadores franceses del C. alemán, atribuyen a su art. 527, fuente del nuestro, una real importancia doctrinal y práctica a la vez, porque evidencia que el incumplimiento del cargo no equivale a lo que en derecho francés se llama inejecución

de las condiciones. El cargo —agregan— no es condición de existencia y de subsistencia de la donación, a menos en principio y por presunción, porque su verdadera naturaleza, si él constituyera verdaderamente una condición de ese género en el pensamiento del donante, podría siempre ser establecida por todos los medios de prueba. Mas a falta de esta prueba, el cargo no puede ser tratado como causa impulsiva de la liberalidad. También el Primer proyecto se abstuvo de toda reglamentación relativa al derecho de repetición o de revocación del donante por inejecución. Correspondía al donante probar, según los casos, que el cargo era una verdadera condición resolutoria, o una causa impulsiva, y producida esta prueba, accionar el derecho común en materia de condición resolutoria, o en materia de condictio ob rem. Y este sistema de abstención fue admitido a fortiori en materia de cargo testamentario.

Mas la segunda Comisión, sin perjuicio del derecho de rendir la prueba contemplada por la primera Comisión, para acordar al donante una sanción más completa, fue de opinión que, para el cargo de derecho común, aun considerado desde el punto de vista admitido por el Código Civil y como modalidad distinta de la condición o de la causa, acordó al donante, fuera de la acción directa del art. 525, una sanción indirecta fue por otra parte reglada de una manera diferente según que el cargo haya sido puesto a una donación o a una liberalidad testamentaria. (art. 2196 C. alemán).

Tratándose de la donación —continúan los anotadores franceses del C. alemán— las condiciones de la repetición son emprestadas de la reglamentación legal del derecho de rescisión (art. 325 ibidem), pero extendidas estas reglas al sistema admitido en materia de enriquecimiento sin causa (art. 812 y ss.). Viene de aquí que la repetición no es admitida sino cuando la imposibilidad de ejecución resulta de culpa imputable al donatario (art. 325), al paso que, si se tratara de una verdadera condición resolutoria y sobre todo de una causa impulsiva, la rescisión se impondría aun si la imposibilidad se debiese a caso fortuito. En realidad, la donación con cargo es tratada como una donación que tiene por principal objeto el beneficio o provecho acordado al donatario, en lugar de considerar el cargo como el fin principal que se ha propuesto el donante. El art. 326 del mismo Código se aplicará igualmente aun cuando siendo posible la prestación sea simplemente tardía, con las sanciones que el retardo comporte.

Cuando, por el contrario, se trata de determinar la extensión y el contenido de la restitución, no es el art. 347 el que debe aplicarse, sino los principios admitidos en materia de enriquecimiento sin causa. la donación no es revocable en su integridad, sino en la proporción correspondiente al enriquecimiento sin causa que debe ser restituído. De aquí la regla dominante, según la cual la restitución no recae sino sobre aquella parte de lo donado que debe ser consagrada al cumplimiento del cargo, porque en esta proporción habrá un enriquecimiento del donatario que no corresponderá al provecho real que el donante ha querido brindarle. (ver: Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles, Code Civil Allemand, t. II, pág. 70 y ss.).

Art. 1938. — La revocación por causa de ingratitud se efectúa por declaración notificada al donatario, sin perjuicio de la demanda en caso de resistencia a ella.

Revocada la donación, la restitución de lo donado se efectúa de acuerdo con las reglas del enriquecimiento sin causa.

Ver: art. 1632 del Anteproyecto de Bibiloni; 531 C. alemán; 956 C. francés; 249 del C.F.S., de las Obligaciones; 419 del C. Civil de la República de China; 1550 C. de Luisiana; 679 C. boliviano; 649 y 650 C. español; 1638 segunda parte C. uruguayo; 1429 C. chileno; 1486 C. colombiano; 1485 C. ecuatoriano; 1466 C. venezolano; 1186 C. brasileño; 2371 C. mexicano; 1487 C. peruano; 737 C. guatemalteco; 1406 C. costarricense; 2794 C. nicaraguense; 1335 C. hondureño.

Por derecho suizo la revocación de la donación por ingratitud no está sometida a forma especial alguna. (ver Schneider y Fick, t. I, Nº 7, pág. 431). Basta la declaración del donante notificada al donatario. Mas, nosotros entendemos que si éste se opusiese a la revocación por no admitir la ingratitud que se le imputa, queda abierta las vías del juicio ordinario. Mas desde la notificación hecha por acta notarial, el donatario quedará constituído como poseedor de mala fe de los bienes que debe restituir al donante.

Art. 1939. — No puede renunciarse el derecho de revocar una donación por ingratitud sino sólo después de ser conocida por el donante o sus herederos.

Ver: art. 533 C. alemán; 806 C. italiano; 1490 C. portugués; 1182 C. brasileño; 652 C. español; 1463 C. venezolano; 2372 C. mexicano; 1407 C. costarricense; 1481 C. peruano.

La renuncia anticipada a la revocación de la donación por ingratitud es repulsada por inmoral. Ver: art. 1633 del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 1940. — La donación no es resoluble porque después de ella le haya nacido al donante uno o más hijos legítimos, a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de la donación.

Ver: art. 1424 C. chileno; 1868 C. argentino; 1481 C. colombiano; 729 C. guatemalteco; 1480 C. ecuatoriano; 1631 C. uruguayo; 2790 C. nicaraguense; 1331 C. hondureño; 1634 del Anteproyecto de Bibiloni; 1014 del Proyecto argentino de 1936. En contra: arts. 960-961 C. francés; 803 y 804 C. italiano; 1556 y 1557 C. de Luisiana; 1483 C. portugués; 684 C. boliviano; 644, 645 y 646 C. español; 1464 C. venezolano; 2367 C. mexicano; 1477 C. peruano; omitido en el C. brasileño, el holandés, el costarricense, etc.

Como se ve, no hay derecho uniforme en esta materia, que, por cierto sólo tiene muy débiles raíces en el Derecho romano, que ignoró la resolución de la donación por el nacimiento de hijos al donante, como regla general. No se recuerda otro edicto que el del Emperador Constancio a Orphitus, prefecto del pretorio, dado a 5 de las calendas de abril, año 355 bajo el consulado de Arbitione y Lolliano,, el cual en romance dice así: "Si no teniendo hijos un patronus (señor de un siervo) hace donación de todo o parte de sus bienes a un liberto, todo lo donado revertirá la posesión y propiedad del donante si después de la donación le han nacido hijos". El texto latino reza: "Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos: totum quicquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum". (Code et Novelles de Justinien, t. III, Lib. VIII, tít. LVI, 8, pág 472, versión francesa de Godefroy, edic. 1806).

Mas no se conoce texto alguno que haya extendido a otra persona esta facultad conferida al patrono, de suerte que siendo así puede creerse que dicho precepto no tuvo un alcance mayor, por mucho que lo contrario fuera sostenido por Cuiacio y prácticos como Lanterbach. (ver: Savigny, Sistema, t. III, parág. CLXVIII, texto y notas f) y h), pág. 154, versión castellana de Mesía y Poley; y Ascoli, opus cit. Nº 36, pág. 323 y ss.).

Otro fue el criterio imperante en el Derecho intermedio francés. Dispuso el art. 39 y ss., de la Ordenanza de febrero de 1731 que toda donación hecha por persona que al tiempo de la donación no tuviese hijos ni descendientes vivos quedase de pleno derecho revocada por el nacimiento de un hijo legítimo del donante, aunque fuese póstumo, o por la legitimación de un hijo natural por subsiguiente matrimonio. Trasegada por los compiladores del Código francés a este cuerpo legal, pasó a ser sus arts. 960 a 966, con el efecto de la reversión de los bienes donados al patrimonio del donante, libres de toda carga o hipoteca impuesta por el donatario, y de ser nula toda renuncia anticipada a revocar la donación por el nacimiento de hijos al donante.

Estas disposiciones pasaron a través del art. 1169 del Código Albertino al Código italiano de 1865, pero con profundas modificaciones, y de éste a los arts. 803 a 808 del Código de 1942, de los que el presente Código se apartó al consagrar la doctrina opuesta, más ajustada a razón y a la seguridad de las transacciones. Inspirado Demolombe en las observaciones críticas de Vinius acerca del absurdo de la revocabilidad de las donaciones por el nacimiento de un hijo al donante, hizo notar que por aplicación de esta norma no podría el que tiene hijos hacer donaciones, y es lo peor que el que revocó la donación por que le nació un hijo, bien podrían después hacer donación a otra persona (ver autor y opus cit. t. XX, Nº 718, pág. 670).

Finalmente se ha de convenir con nosotros que la vía de la revocación de la donación por el nacimiento de un hijo al donante, sólo sería explicable si la donación fuese pactada bajo la condición resolutoria del nacimiento posterior de hijos, único caso en que este hecho asumiría los atributos de la causa fin de la restricción o limitación de los efectos de la liberalidad. Siendo así, este resultado no se obtendría por revocación de la donación, sino por resolución del contrato o sea por cumplimiento de la condición resolutoria a que el donante subordinó la subsistencia de la relación de derecho nacida de la liberalidad.

He aquí por qué optamos por la redacción del art. 1424 del C. chileno y abandonamos la del art. 1868 del C. argentino.

TITULO XXXVI

DEL DEPOSITO

CAPITULO I

Del depósito en general

Art. 1941. —El depósito es el contrato por el cual el depositario se obliga a conceder al depositante un sitio seguro a la cosa mueble corporal que éste le confía para ser en el custodiada y preservada de todo daño y serle restituída en especie cuando la reclame, sin atribuirle una compensación por el espacio a tales fines destinado.

Ver: arts. 2182 C. argentino; 1882 del Anteproyecto de Bibiloni; 1161 del Proyecto argentino de 1936; 1915 C. francés; 1431 C. portugués; 1731 C. holandés; 2897 C. de Luisiana; 1758 C. español; 688 C. alemán; 472 C.F.S. de las Obligaciones; 589 C. de la República de China; 523 del C. de las Obligaciones de Polonia; 646 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 2211 C. chileno; 2236 C. colombiano; 2235 C. ecuatoriano; 1265 C. brasileño; 2239 C. uruguayo; 1749 C. venezolano; 1603 C. peruano; 1947 C. guatemalteco; 1275 C. boliviano; 2516 C. mexicano; 1348 C. costarricense; 3469 C. nicaragüense; 1339 C. hondureño; 4621 C. de Puerto Rico; 1915 C. de la República Dominicana; 572 de nuestro C. de comercio.

Es de Ulpiano el texto según el cual: "el depósito consiste en confiar la guarda a alguien": **Depositum est, quod custodiendum alicui datum est"**, porque, —agrega— etimológicamente **depositum** procede del vocablo **"puesto"** dado que la preposición de agregada al significado de la palabra da a entender que todo cuanto concierne a la custodia de la cosa es confiada a la fe del depositario. **"Dictum ex eo, quod ponitur: praepositioenim, de, auget depositum, ut ostendat, totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet"** (Ulp. lib. 30, sobre el Edicto, Dig. Lib. XVI, Tít. III, Depositi, vel contra).

Anotan a este propósito Fadda y Bensa que dicho texto deba entenderse en el sentido de que el que recibe no asume la obligación de custodiar la cosa, de una especial actividad de custodia. El sólo se obliga a conceder un lugar con el fin de que la cosa sea custodiada. Tal es la doctrina extraída de la Ley 1, parág. 12 del Dig. Lib. XVI, Tít. III, también de Ulpiano, quien dice: "Si os he dado una cosa para guardarla si Titius no quiere encargarse de ella, y éste se ha negado a custodiarla, ¿tendré yo simplemente contra vos la acción de depósito, o bien la de mandato? Pomponius es indeciso sobre esta cuestión. Mas yo pienso que proceda la acción de mandato, porque la cosa ha sido más particularmente confiada a vuestro cuidado que en el depósito mismo, porque vos estáis obligado a custodiarla cuidadosamente. **Quod si rem tibi dedi, ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam receperit, videndum est, utrum depositi tantum, an mandati actio sit? Et Pomponius dubitat. Puto tamen, mandati esse actionem: quia plenius fuit mandatum, habens et custodiae legem"**. (ver autores cits. in Windscheid, Pandette, t. II, parág 377, nota 1, pág. 460; y la versión francesa de Hulot del Digesto, t. II, pág. 437, edición 1804).

Aun cuando casi todos los códigos del Derecho moderno definen el depósito como contrato por el cual "el depositario se obliga" a guardar la cosa mueble que otro le entrega, y a restituirle la misma e idéntica cosa, hemos preferido, sin desconocer ni ignorar la naturaleza unilateral de dicho contrato, mantenernos fieles a su concepción romana, al estatuir que **"es el contrato por el cual el depositario se obliga a conceder al depositante un sitio seguro a la cosa mueble corporal que éste le confía para ser en el custodiada y preservada de todo daño y serle restituída en especie cuando la reclame, sin atribuirle una**

compensación por el espacio a tales fines destinado", porque, como el dicho contrato es, por naturaleza, real, no perfeccionado por el mero consentimiento de las partes, sino por la entrega de la cosa, elemental es que, constituyéndose re, engendre la obligación del depositario de custodiar la cosa y de restituirla al depositante, cuando éste la requiera, aunque no precisamente "la misma e idéntica cosa", que dice el art. 2182 del C. argentino, porque si la cosa es dinero o cosas fungibles, éstas se confunden con el dinero o las cosas fungibles de la misma naturaleza del depositario, y, por consiguiente, bien puede éste consumirlas, salvo pacto en contrario, y restituir al depositante, no las mismas e idénticas cosas, sino otro tanto de la cantidad entregada o de la cantidad de cosas depositadas, como reza el art. 2220 del citado Código.

Nos apartamos igualmente del art. 2182 del C. argentino, según el cual bien puede ser objeto del depósito un bien inmueble, porque como enseña Windscheid, "el depósito supone una cosa mueble, cualquiera sea su especie", a lo que Fadda y Bensa agregan que "se puede vigilar, celar o velar un inmueble, pero no se puede acordarle un espacio para ser custodiado" (ver autores cits. Pandette, t. II, parág. 377, texto y nota 4, pág. 461).

Vieja es la discrepancia doctrinal acerca de la naturaleza de la cosa depositada, como lo advierte Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 2182 de su Código, y verdad es que Domat enseñó en sus Loix Civiles que también los inmuebles pueden ser confiados en custodia bajo la forma del depósito según la necesidad, como lo hacen aquellos que durante su ausencia confían su casa y todo lo que en ella hay a un amigo a quien entregan las llaves, sea que haya de habitarla o no. (ver autor y opus cit. t. I, Lib. I, tit. VII, pág. 66, edición 1771).

A lo que parece Domat opinó así bajo la influencia de las leyes que disciplinan el embargo (sequestre), tanto que viniendo posteriormente Pothier a desentrañar la etimología de la palabra depósito y a determinar el objeto propio de este contrato, dice que: "los que sostienen que un inmueble puede ser susceptible de este contrato, fundan su opinión en varias leyes relativas al embargo, pero que en nada se refieren al depósito simple". Y más adelante agrega que: "La mejor razón que se puede invocar para sostener que los inmuebles no son suceptibles del contrato de depósito, es lo que esencialmente caracteriza este contrato, cual es el fin para el cual uno de los contratantes confía una cosa a otro. Es necesario que sea para guardarla, para que el depositante la encuentre en poder del depositario cuando necesite de ella. Si es confiada para otro fin, se dará otra especie de contrato. Ahora bien, una cosa inmueble, tal como una casa, es de tal naturaleza que, a aquel á quien pertenezca jamás tendrá necesidad de confiarla a la custodia de otra persona para volver a encontrarla: por consiguiente no es suceptible del contrato de depósito. "Tal es la razón por la cual —agrega— quien al partir de viaje, confía a su amigo las llaves de su casa, hace depósito de estas llaves y de los muebles guardados bajo ellas; pero no de la casa que no puede ser desplazada, ni hace falta que sea custodiada.

"Si el fin que el depositante se ha propuesto es que su amigo visite de tanto en tanto la casa para examinar si no le hacen falta algunas reparaciones, este fin sería un fin que excedería los términos de una simple custodia y sería en relación a la casa un contrato de mandato, y no un depósito de ella". (ver autor cit. Traité du Contrat de Dépot, in Ouvres, t. V, Nº 3, pág. 122, 2ª edición).

Vélez Sarsfield no se dejó convencer de Pothier y optó por seguir lo estatuido por la Ley 2ª de Partidas, sin mucha autoridad, por cierto, en esta materia.

El art. 1915 del C. francés, por referencia al objeto del contrato, sólo dice que lo que el depositario recibe es "la chose d'autri", sin especificar si es mueble o inmueble, pero sus exégetas se han encargado de aclarar que este precepto se refiere a la cosa mueble y corporal (ver: Delvincourt, t. III, pág. 207 y notas 4 y 5, pág. 423, donde sostiene que un inmueble no puede ser objeto de depósito; Duranton, t. XVIII, Nº 22, pág. 13, 4ª edición; Demante y Colmet de Santerre, t. VIII, Nº 129, pág. 115; Zachariae, t. V, parág. 734, texto y nota 1, pág. 2; Merlin, Repertoire, t. IV, verb. Depot, parág. I, pág. 428; Troplong, Du Depot et du Sequestre, Nº 17, pág. 15; Aubry y Rau, t. VI, parág. 401, texto y nota 1, pág. 126, 5ª edición; Baudry Lacantinerie y Wahl, De la Societé, Du Prot, Du Depot, Nº 1022, pág. 562; Savatier, in Planiol y Ripert t. XI, Nº 1165, pág 449; Planiol, Traité Elementaire, t. II, Nº 2206, pág. 713, 9ª edición; Josserand, Cours de Droit Civil, t. II, Nº 1363, pº pág. 650; Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, t. IV, parág. 687, pág. 544, versión castellana de De Buen; Messineo, opus cit. t. V, parág. 149, 1, pág. 270; Grandi, opus cit. Nº 727, pág. 487; De Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, t. II, vol. 1º parág. 92, pág 450, versión castellana de Serrano Suñer y S. C. Teijeiro; Vigie, Cours Elementaire, t. II, Nº 2210, pág. 1058; Ennoccerus, Derecho de Obligaciones, t. II, parág. 166, 1, pág. 356, versión castellana de P. González y Alguer; Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux etc., Code Allemand, t. II, pág. 218; Rossel, opus cit. t. I, Nº 838, pág. 549 etc.).

Llama la atención que siendo tan uniforme la noción legal del depósito voluntario o convencional, no se haya cuidado Bibiloni de corregir en el art. 1882 de su Anteproyecto la definición del art. 2182 del C. argentino, como lo hizo la Comisión argentina de Reformas del Código en el art. 1161 del Proyecto de 1936.

La cosa mueble, objeto del depósito, debe ser corporal, porque los bienes incorporales, como un crédito, se custodian por sí mismos, sin necesidad de confiarlo al cuidado de otra persona.

El in fine de nuestro artículo estatuye la naturaleza gratuita del depósito voluntario al decir que el depositante no atribuye al depositario una compensación por el espacio que le concede para la conservación y custodia de la cosa.

La gratuidad del contrato de depósito es propia de la concepción tradicional de esta figura del derecho. Tanto por derecho romano, como por el antiguo derecho francés, se entendió que el depositario presta un servicio al depositante, lo cual no obsta a la libertad contractual de las partes para estipular una retribución por el servicio prestado al depositante. Por esto, la gratuidad es hoy una mera presunción de la ley, salvo prueba en contrario que puede resultar no sólo de la remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante, como reza el art. 2183 del C. argentino, sino también de la profesión del depositario o de otras circunstancias, como lo pasamos a establecer en el artículo siguiente.

Art. 1942. —El depósito se presume gratuito, salvo que de la calidad profesional del depositario o de otras circunstancias se deba deducir que tácitamente las partes han convenido una retribución por la custodia.

Ver: art. 689 C. alemán; 1767 C. italiano; 472 in fine C.F.S. de las Obligaciones; 589 parág. 2º C. Civil de la República de China; 523 parág. 2º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 646 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1604 C. peruano; 1956 C. guatemalteco; 573 de nuestro C. de comercio.

Josserand llama depósito "modern style" al remunerado que a estar al art. 573 de nuestro C. de comercio, es lo propio del depósito comercial, distinción que, en el Derecho moderno, carece de fundamento racional, especialmente en el presente Código, por el que se disciplinan tanto los contratos que el Derecho tradicional reivindicaba como típicamente civiles, y también los contratos del derecho mercantil tan absurdo al catalogar como depósito comercial el celebrado con un comerciante o por cuenta de un comerciante y que tiene por objeto o que nace de un acto de comercio, como si el comerciante no pudiera ajustar un depósito gratuito al confiar la guarda de sus muebles a uno de sus más próximos parientes por el tiempo que dure su ausencia. La impropiedad y ambiguedad de los arts. 572 y 573 de nuestro C. de Comercio no han pasado inadvertidas a los tratadistas argentinos (ver Segovia, t. II, notas 1960 y 1963, pág. 123 y ss.; Malagarriga,

Código de Comercio Comentado t. III, pág. 311 y ss.; Muñoz, Derecho Comercial-Contratos, t. III, pág. 75
En nuestros días y en todas las grandes ciudades existen almacenistas dedicados a guardar muebles, cont
una retribución de sus cuidados, en dinero. Los Bancos públicos cobran por los cofres o cajas de seg
ridad empotradas en la pared que ponen a disposición de su clientela para depositar en ellas títulos y objet
preciosos, una pequeña suma mensual o anual, convenida con el depositante.
El art. 2183 del C. argentino subordina la onerosidad del depósito a un espontáneo ofrecimiento de su r
muneración al depositario, lo que supone un convenio entre ambas partes. Mas tal requisito no hace fal
en nuestros días, en que el depósito puede hacerse en poder de profesionales que de ningún modo se jact
ni se precian de recibir y custodiar cosas ajenas desinteresadamente.
Esta nueva modalidad del depósito no altera la naturaleza del contrato, pero introduce una tenue modific
ción de su estructura, en cuanto el contrato, en un principio unilateral o sinalagmático imperfecto, que
transformado en un contrato perfectamente sinalagmático porque el depositante queda obligado desde
origen y en virtud de la convención, a favor del depositario, al mismo tiempo que la ley estima m
severamente la responsabilidad de este último, en cuanto se hace pagar una retribución por un servic
que antes pudo haber hecho gratuitamente.
Se ha pretendido; por error, que el depósito retribuido es una locación de servicios. Mas Josserand
rechaza (ver autor y opus cits. t. II, Nº 1362 al fin, pág. 650, y Orlando Gomes, Contratos, Nº 245, pág. 363

Art. 1943. — Si el depósito es remunerado y el contrato no determin
el monto de la remuneración, este monto será fijado según la tarifa o aran
cel en vigor y en su defecto por el juez, en consideración a la equidad.

Ver; art. 524 Código de las Obligaciones de la República de Polonia. Omitido en el C. alemán y en
F.S. de las Obligaciones un precepto análogo al presente. Convienen sus exégetas en que si el contra
calla acerca de la remuneración debida al depositario —en los casos de depósitos retribuídos— el ju
que la justiprecie se remitirá a los preceptos que en el C. alemán, por ejemplo, disciplinan la retribuci
debida conforme con el contrato de servicios (art. 612), el contrato de obra (art. 632), el de correta
(art. 653), y paralelamente, a los que en el Código Federal suizo de las Obligaciones regulan la retrib
ción del mandato, y sus especies, como el corretaje (arts. 413 a 417), el de comisión (arts. 432, 433 y 43
etc..

Art. 1944. — En el depósito debe el depositario observar la buena f
y poner en la guarda de la cosa depositada la misma diligencia que en l
custodia de la cosa propia, de modo a preservarla de todo daño, sea qu
este proceda de hechos del hombre, como robos o abusos de confianza, o d
fuerzas naturales.

Si el depósito es remunerado, el depositario responderá de dolo y tod
culpa.

Ver: arts. 2202 C. argentino; 1927 C. francés; 1435 inc. 1º C. portugués; 1768 C. italiano; 1743 C. holandé
2908 C. de Luisiana; 1766 C. español; 1287 C. boliviano; 1266 C. brasileño; 690 C. alemán; 2219 C. ch
leno; 2244 C., colombiano; 2243 C. ecuatoriano; 2251 C. uruguayo; 1756 C. venezolano, 1609 inc. 1º
peruano; 1957 inc. 1º C. guatemalteco; 2522 C. mexicano; 1349 C. costarricense; 3461 Inc. 1º C. nicar
guense; 1947 C. hondureño; 4661 C. de Puerto Rico; 1927 C. de la República Dominicana; 590 C. civil
la República de China; 525 Inc. 1º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 647 del Proyec
ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1896 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc.
del Proyecto argentino de 1936.
Códigos hay, como el del Brasil, que no distinguen entre la culpa in abstracto y la culpa in concreto,
torna más rigurosa la responsabilidad del depositario que se ofrece para guardar la cosa de la del q
estipula una retribución por la guarda. (ver Bevilaqua, opus cit. t. V, observaçao al art. 1266, pág. 8).
El Código alemán, por el contrario, distingue: si el depósito es gratuito, el depositario sólo responde
la culpa in concreto (art. 690). Fuera de este caso, el depositario responde de toda culpa, incluso de
grave (ver: Ennecerus, opus cit. t. II, parág. 167, pág. 361).
Respondería por dolo, y no por simple culpa, el depositario que no pudiese restituir en su integridad
cosa depositada o la gravase de prenda en garantía de un crédito propio contra el depositante. (ver Wind
cheid, t. II, parág. 378, texto y nota 4, pág. 462).
No es admisible que haya de medirse con la misma vara la culpa del depositario que por amistad se ofrec
a custodiar la cosa y no pudo devolverla en el mismo e idéntico estado en que la recibió por no haber
trasladado de la habitación con goteras a otra sin desperfectos en su techo, para evitar su deterioro, de
responsabilidad en que incurriría el depositario retribuído, como profesional, que incurriese en el mism
descuido, como resultaría de la aplicación del art. 1896 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni, y el 115
inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
El depósito es esencialmente celebrado intuitu personae. Lo mismo da que el depositante haya elegido
depositario que éste se le haya ofrecido, porque si aquél lo acepta, su consentimiento vale por elección
y siendo así, mal podría equipararse al amigo que se ofrece de depositario con el profesional retribuído.

Art. 1945. — El depositario tendrá derecho a cambiar la forma de l
custodia convenida cuando según las circunstancias pueda creer que el de
positante habría aprobado la modificación si hubiera conocido el estado d
las cosas. El depositario deberá dar aviso al depositante antes del cambi
y esperar su decisión, a no ser que haya peligro en la demora.

Ver: arts. 692 C. alemán; 525 parág. 2º del Código de las Obligaciones de la República de Polonia.
Este precepto es semejante con lo dispuesto por el art. 665 del C. alemán, según el cual: "El mandatari
tendrá el derecho de apartarse de las instrucciones del mandante, cuando, según las circunstancias, pued
inferir que el mandante habría aprobado la modificación si hubiera conocido el estado de cosas.. Sin em
bargo, si no hubiese peligro en la demora, deberá el mandatario dar aviso al mandante antes de la m
dificación, y esperar sus órdenes". La diferencia entre los dos preceptos consiste en que mientras el ma
datario está obligado a ceñirse a todas las instrucciones del mandante, lo que importa respecto del depo
sitario es el modo de custodiar la cosa. Análogo principio es el consagrado por el art. 1467 del presen
Código.

Art. 1946. — La validez del contrato de depósito, no está sujeta a la observancia de forma alguna particular, pero requiere de parte del depositante y depositario la capacidad para contratar. Se perfecciona por la entrega que el depositante haga de la cosa en poder del depositario para los fines de su custodia.

Ver: arts. 2200 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 403, pág. 130, 5ª edición; 1892 del Anteproyecto de Bibiloni; 1165 del Proyecto argentino de 1936.
Cuanto a la capacidad, ver art. 2192 C. argentino; 1925 parág. 1º C. francés; 1841 parág. 1º del C. italiano de 1865, ya abrogado; 1738 C. holandés; 2906 C. de Luisiana; 1285 C. boliviano; 1433 parág. 1º C. portugués; 2218 parág. 1º C. chileno; 2243 parág. 1º C colombiano; 2242 parág. 1º C. ecuatoriano; 2250 parág. 1º C. uruguayo; 1754 parág. 1º C. venezolano; 1952 parág. 1º C. guatemalteco; Aubry y Rau, opus cit. t. VI, parág. 402, pág. 128, 5ª edición.
Y en lo atinente a la perfección del contrato, ver: arts. 2190 C. argentino; 1887 del Anteproyecto de Bibiloni; 1161 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 2212 y 2213 C. chileno; 2237 y 2238 C. colombiano; 2236 y 2237 C. ecuatoriano; 1751 parág. 3º C. venezolano; 1279 C. boliviano; 1948 C. guatemalteco; 3459 C. nicaraguense; 1919 C. de la República Dominicana; 4621 C. de Puerto Rico.
La entrega de la cosa hecha por el depositante en poder del depositario no importa su tradición, porque consistiendo la tradición en la transferencia de la posesión (Pothier, **Traité du Droit de Domaine de Propriété**, in Oeuvres, t. IX, Nº 194, pág. 168, 2ª edición) y es por tanto modo de adquirir el dominio, mal podría emplearse tal vocablo a un contrato por el que el depositario está obligado a restituir al depositante la cosa depositada. Bien dice el art. 2243 del Código uruguayo que: **"No se transfiere por el depósito la propiedad de la cosa, que, con todos los derechos que de ella emanan, permanece en el depositante"**.
Mal, pues, se puede decir que el contrato se perfecciona no sólo por la tradición real, sino también por la ficta, como reza el art. 1919 del C. de la República Dominicana. Mas correcto es lo dispuesto por la segunda parte del art. 2213 del C. chileno, según el cual: **"Podrán también convenir las partes en que una de ellas retenga como depósito lo que estaba en su poder por otra causa"**, pacto que aun siendo semejante a la cláusula de constitut agregada a la compraventa o a la donación, la cual encierra una tradición ficta. (Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. IX, Nº 208, pág. 172).
No siendo solemne el contrato de prenda puede celebrarse aun verbalmente, sin otro problema que su prueba, la cual puede producirse por todos los medios admitidos por el presente Código, con la limitación del art. 778 relativa a la admisión de la prueba testifical

Art. 1947. — No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si una persona capaz de contratar, acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del verdadero depositario, y puede ser apremiada por los derechos del depositante y por sus obligaciones correlativas, por el tutor, curador, o administrador de los bienes de la persona que hizo el depósito, o por ésta misma si llega a tener capacidad.

Ver: art. 2193 C. argentino; 1888 del Anteproyecto de Bibiloni; 1163 del Proyecto argentino de 1936; 1925 C. francés; 1841 del C. italiano de 1865, ya abrogado; 1433 inc. 1º C. portugués; 1738 C. holandés; 2905 C. de Luisiana; 1285 C. boliviano; 1764 C. español; 2218 parág. 2º C. chileno; 2243 parág. 2º C. colombiano; 2242 parág. 1º C. ecuatoriano; 2250 parág. 2º C. uruguayo; 1754 C. venezolano; 1952 C. guatemalteco; 1605 C. peruano; 2519 C. mexicano; 3456 C. nicaragüense; 1945 C. hondureño; 1925 C. de la República Dominicana; 4652 C. de Puerto Rico; 1667 de Goyena; Aubry y Rau, t. V, parág. 402, pág. 128, 5ª edición.

Art. 1948 — Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, puede ésta oponer la nulidad del contrato, pero será responsable de la conservación de la cosa en los límites en que puede ser obligada a responder por hechos ilícitos. En todo caso, el depositante tendrá derecho a obtener la restitución de la cosa mientras ésta se encuentre en poder del depositario; y a falta de esta circunstancia, tendrá derecho al reembolso de lo que haya redundado en beneficio de este último.

Ver: art. 2194 C. argentino; 1769 C. italiano; 1926 C. francés; 1739 C. holandés; 2907 C. de Luisiana; 1433 inc. 2º C. portugués; 1286 C. boliviano; 1765 C. español; 2218 parág. 3º C. chileno; 2243 parág. 3º C. colombiano; 2242 parág. 2º C. ecuatoriano; 1276 C. brasileño; 2250 parág. 3º C. uruguayo; 1755 C. venezolano; 1953 C. guatemalteco; 1606 C. peruano; 2520 C. mexicano; 3457 C. nicaragüense; 1946 C. hondureño; 1926 C de la República Dominicana; 4653 C. de Puerto Rico; 1889 del Anteproyecto de Bibiloni; 1163 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936; 1668 de Goyena; Aubry y Rau, t. VI, parág. 402, texto y nota 1, pág 128, 5ª edición; Zachariae, t. V, parág. 735, texto y nota 2, pág. 4.
El presente artículo es el 1926 del C francés, depurado en su redacción, a través del 2194 del C. argentino, y no poco del 1769 del C. italiano de 1942.
Como lo han hecho notar Massé y Vergé en la citada apostilla a la obra de Zachariae, nuestro artículo contempla, desde luego, la eventual acción de nulidad del contrato que el depositario incapaz puede oponer a la acción del depositante capaz, pero como él no puede enriquecerse injustamente a expensas de éste, nuestro artículo no le exime de la obligación de custodiar la cosa y de responder de su pérdida o deterioro en los límites en que los menores pueden ser obligados a responder por los hechos ilícitos
Luego nuestro artículo decide sobre las dos siguientes hipótesis: 1º si la cosa continúa en poder del depositario, tendrá el depositante el derecho de demandar su restitución; y, 2º si esta circunstancia no se ofreciese, tendrá el depositante derecho a ser indemnizado hasta la concurrencia del provecho que el incapaz ha obtenido del depósito. Y aun cuando no se haya enriquecido, si el depositario fuere dolí capax y hubiere distraído o disipado fraudulentamente la cosa depositada, deberá daños y perjuicios al depositante. Esta indemnización sería debida, no en virtud del contrato, sino del fraude cometido, tal como ya Ulpiano sentó doctrina en la Ley 1ª, parág 15, **Depositi vel contra**, al decidir que se puede intentar contra el pupilo a quien sin la autorización de su tutor se le confió una cosa en depósito, una acción, como consecuencia de su mala fe, si por razón de su edad es culpable de este crimen, porque si no hubiese mala fe de su parte, la acción sería fundada en lo que el depósito le benefició.

"An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur?, Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit: nam et in quantum locupletior factus est, datur actio in eum, etsi dolus non intervenit". (Dig. Lib. XVI, tt. III, 1.15; In Hulot, opus cit. t. II, pág. 438, edic. 1804; Duranton, t. XVIII, Nº 35, pág. 29, 4ª edición; Troplong, Du Depot et Du Séquestre, Nº 58, pág. 42).

Art. 1949. — El depósito hecho por el poseedor de la cosa, es válido entre el depositante y el depositario.

La persona que ha recibido en depósito una cosa como propia del depositante, a sabiendas de no ser suya, no puede ejercer contra el propietario acción alguna fundada en el depósito, ni retener la cosa depositada hasta el pago de los desembolsos que hubiere hecho. Tendrá, sin embargo, contra él la acción de gestión de negocios, si el depósito hubiera sido útil al propietario

Ver arts. 2198 y 2199 C. argentino; 1891 del Anteproyecto de Bibiloni; 1164 inc. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 402, texto y nota 5, pág. 129.

Art. 1950. — El error acerca de la identidad personal del uno o del otro contratante, o a causa de la substancia, calidad o cantidad de la cosa depositada, no invalida el contrato. Sin embargo, si el depositario padeciere error respecto a la persona del depositante, o descubriere que la custodia de la cosa le ofrece algún peligro, podrá restituir inmediatamente la cosa depositada.

Ver: arts. 2184 C. argentino; 1166 del Proyecto argentino de 1936; 1977 C. guatemalteco.
El error sobre la persona es indiferente en el contrato de depósito, porque no obstante dicho error, el depositario está obligado a restituir la cosa al depositante a quien tomó por otra persona.
Mas Troplong distingue a este propósito dos hipótesis:
1º) He dado Gs. 1.000 en depósito a Pedro en la creencia de darlos a Pablo. Pedro no es hombre digno de confianza, y yo no he logrado el fin que perseguía. ¿Qué debo hacer?, pregunta nuestro autor. ¿Debo demandar la nulidad del contrato? No, sin duda. Yo retiraré mi cosa y se la llevaré a Pablo que merece toda mi confianza. Desde este punto de vista, nada me aleja del sentimiento de Pothier (a quien cita, pero que nada dice bajo el Nº 15 de su tratado sobre el Depósito, pues, allí sólo trata del error obstativo, que es otro asunto).
2º) En sentido inverso, continúa Troplong, Pedro ha recibido de Pablo en depósito, por un mes, un caballo que él cree ser de Jacobo, amigo hacia quien se siente obligado. Descubre después que Pablo, no sólo es un desconocido de él, sino además de un carácter enredador, pleitista, capaz, como tal, de no abonarle sus gastos. ¿Y siendo así, tales circunstancias son indiferentes? ¿No ha sido una consideración determinante para hacer el contrato con un amigo? ¿Habría él recibido la cosa a sabiendas de que Pablo no era su propietario? ¿Y desde entonces no podría él demandar su liberación del depósito antes del tiempo convenido? (ver autor y opus cits. Nº 38, pág. 28).
Conforme nuestro artículo con la doctrina expuesta de Troplong, mira especialmente a tutelar al depositario que padeciese error en la persona del depositante o que descubriese que la custodia de la cosa le ofrece algún peligro, como por ejemplo, si habiendo recibido un paquete cerrado y lacrado en la creencia de tratarse de dinero, fuese luego advertido por su mal olor que se trataba de substancias inflamables o explosivas. En estos casos, sin necesidad de demandar la anulación del contrato que le expondría a un pleito largo y oneroso, se le faculta a darlo por rescindido y a devolver inmediatamente al depositante la cosa depositada.

Art. 1951. — Es obligación del depositario dar al depositante aviso de las medidas y gastos necesarios para la conservación de la cosa, y hacer los gastos urgentes requeridos por ella, los cuales serán de cuenta del depositante. Si faltare a estas obligaciones, será responsable de las pérdidas e intereses que su omisión le causare al depositante.

Ver: art. 2204 C. argentino; 2632 Nº 2 del Esboço de T. de Freitas; 1897 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 2252 C. uruguayo; 2522 C. mexicano
El presente artículo, sin más concordancia en los otros Códigos que los señalados arriba, complementa lo dispuesto en nuestro art. 1941.

Art. 1952. — Si el depósito se entregó cerrado, sellado o lacrado, será mantenido en el mismo estado sin facultad de abrirlo. Si fuere abierto, incurrirá el depositario en presunción de culpa, salvo que estuviere autorizado por el depositante.

Esta autorización en caso necesario se presume, cuando la llave de la caja cerrada le hubiere sido confiada al depositario; y cuando las órdenes del depositante respecto del depósito, no pudieran cumplirse sin abrir la caja o bulto depositado.

Ver: arts. 2205 y 2206 C. argentino; 1931 C. francés; 2914 C. de Luisiana; 1847 del C. italiano de 1865, ya abrogado; 1438 y 1440 C. portugués; 1769 C. español; 1291 C. boliviano; 2223 y 2224 C. chileno; 2248 y 2249 C. colombiano; 2247 y 2248 C. ecuatoriano; 2255 y 2256 C. uruguayo; 1760 C. venezolano; 1609 inc. 3º C. peruano; 1957 inc. 3º C. guatemalteco; 1350 C. costarricense; 3465 y 3466 C. nicaraguense; 1950

y 1951 C. hondureño; 1971 C. de la República Dominicana; 4664 C. de Puerto Rico; 1267 C. brasileño; 2637 y 2638 del Esboço de T. de Freitas; 1898 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 in fine del Proyecto argentino de 1936.
Incurrirá en culpa el depositario si fuera del consentimiento o la autorización del depositante abre o viola la cerradura de la caja en que la cosa depositada se halla encerrada. Responderá de los daños y perjuicios derivados de su culpa.
El in fine del art. 2224 del C. chileno presume la culpa del depositario en todo caso de fractura o de forzamiento.
En tales casos, preceptúa el mismo artículo que se estará a la declaración del depositante en cuanto al número y calidad de las especies depositadas.

Art. 1953 — Si por la autorización expresa o presunta del depositante, o por cualquier otro acontecimiento, llegare el depositario a saber el contenido del depósito, es de su obligación guardar el secreto, so pena de responder de todo daño que causare al depositante, a menos que el secreto por la calidad de la cosa depositada, le expusiere a penas o multas.

Ver: art. 2207 C. argentino; 2640 del Esboço de T. de Freitas; 2225 C. chileno; 2250 C. colombiano, 2249 C. ecuatoriano; 2256 C. uruguayo.
El presente artículo halla su fundamento en las mismas razones que acreditan al anterior. Vienes de Labeón la Ley 1, 38 del Lib. XVI, Tít. III del Digesto según el cual "si el depositario de un testamento lo lee en presencia de varias personas, hay lugar contra él a la acción de depósito. Pienso —agrega Labaeón— que procede también contra él la acción de injuria, si se prueba que leyó el testamento en presencia de varias personas, para publicar las disposiciones secretas del testador". **Si quis tabulas testamenti apud se depositas, pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse: ego arbitror, et injuriarum agi posse, ut judicia secreta ejus qui testatus est, divulgarentur.** (ver: **Les Cinquante Livres Du Digeste ou de Pandectes de L'Empereur Justinien**, t. II, pág. 443, versión francesa de Hulot, edic. 1804).
Inspirado Pothier en este texto dice: "Si aquel que dió en depósito cosas que por su naturaleza deben ser ocultadas quizo, para evidenciar más su confianza en el depositario, darle a conocer las cosas que le confía en depósito, la fidelidad que el depositario debe al depósito, le obliga a no revelarlos a otros. "Así, por ejemplo, si alguien al dármelos abierto me ha acordado tácitamente el permiso; pero yo cometería una infidelidad enorme, si lo diese a leer a otros" (ver autor cit. T. du Depot, in Oeuvres, t. V. Nº 38, pág. 137, 2ª edición).
Refiriéndose, por su parte Troplong al art. 1931 del C. francés, del que el presente no es sino una proyección, dice que ese precepto no sólo impone un consejo de probidad, sino también un deber jurídico, cual es el de respetar el secreto de que el depositante ha querido rodear su depósito. Obrar contra esta intención, agrega, es una infidelidad enorme, un verdadero dolo, y si algún perjuicio resulta, el depositario debe responder de ello. (Du Depot, Nº 108, pág. 91).

Art. 1954. — El depositario no puede servirse de la cosa depositada ni darla en depósito a otro.
Si el depositario usara la cosa depositada sin consentimiento del depositante, será responsable por el alquiler de ella, como locatario, desde el día del contrato, o pagará al depositante los intereses legales como mutuario a título oneroso, según fuere la cosa depositada.

Ver: arts. 2208 y 2209 C. argentino; 1930 C. francés; 1846 C. italiano de 1865, ya abrogado y 1770 C. italiano de 1942; 2911 y 2912 C. de Luisiana; 1767 y 1768 C. español; 1737 C. portugués; 1290 C. boliviano; 1749 C. holandés; 959 C. austriaco; 2220 C. chileno; 2245 C. colombiano; 2244 C. ecuatoriano; 2253 y 2254 C. uruguayo; 1964 C. guatemalteco; 1275 C. brasileño; 698 C. alemán; 474 C. F. S. de las Obligaciones; 1609 inc. 2º C. peruano; 3463 y 3464 C. nicaraguense; 1948 y 1949 C. hondureño; 1930 C. de la República Dominicana; 4662 y 4663 C. de Puerto Rico; 591 C. Civil de la República de China; 526 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 643 Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2631 inc. 2º y 2633 inc. 3º del Esboco de T. de Freitas; 1900 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936.
Por derecho romano, el depositario que sin el consentimiento del depositante hacía uso invito domino de la cosa depositada, se hacía culpable de robo. Consintiendo tácita o expresamente el depositante, no era culpable ni de robo, ni de infidelidad.
Para que el consentimiento del depositante se presuma, dice Pothier, no basta que el depositario se persuada que el depositante le habría consentido el uso si le hubiera pedido permiso. Menester es que él tenga un justo motivo de creer que el permiso le ha sido acordado, como por ejemplo, si la cosa depositada le hubiese sido dada anteriormente varias veces en préstamo, o todas las veces que se la pedía prestada (autor y opus cits. ns. 35 y 35, pág. 135).
Casos hay en que por razón de la naturaleza de la cosa depositada se presume la autorización de usarla, como por ejemplo, si se trata de un caballo de silla o de carrera, mal podría el depositario ser fiel al depósito si los mantuviese inmovilizados en su caballeriza sin riesgo de verlos resentidos por falta de ejercicio. Lógico es que dentro de sus deberes de cuidador de dichos animales, se incluye no sólo el derecho, sino el deber de hacerlos pasear con frecuencia mientras dure el depósito.
En estos casos, el uso de la cosa depositada no cambia la naturaleza del depósito. No hay comodato.
Si la cosa depositada es dinero, se confundiría con los dineros del depositario, y siempre que éste disponga de una suma, igual para no quedar en descubierto, ocioso es que pueda usar de ella. Se trataría de un depósito irregular. Hoy ya no rigen las severas leyes romanas que lo prohibían so pretexto de que "**Depositum consistit ex custodia, non ex uso...**" de la sentencia de Cujas (ver Troplong, opus cit. nº 99, pág. 80).
Más si contra la autorización del depositante usase el depositario de la suma depositada, estatuye nuestro artículo que pagará a aquél, como mutuario a título oneroso, los intereses legales, desde el día del contrato. El art. 2221 del C. chileno es expreso en este sentido al disponer que: "**En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se prasumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda**", como acontece todos los días con los depósitos de dinero en poder de las instituciones de crédito. Sólo que éstas advierten a sus correntistas que no pagan intereses por las sumas depositadas.
El depósito sería regular e impediría el uso de la suma depositada si como reza el inc. 2º del art. 2188, del C. argentino, "**el depositante la entregó al depositario en saco o caja cerrada con llave, no entregán-**

dole esta; o fuere un bulto sellado, o con algún signo que la distinga". Fuera de este caso, el depósito de dinero o de una cantidad de cosas fungibles, autoriza su uso al depositario, salvo orden expresa en contrario, y bajo la sanción de pagar intereses contra la prohibición del depositante. Por eso, el art. 575 de nuestro Código de Comercio, según el cual: "El depositario de una cantidad de dinero no puede usar de ella. Si lo hiciere, son de su cargo todos los perjuicios que ocurran en la cantidad depositada, aunque provengan de caso fortuito, y debe abonar al depositante los intereses corrientes", por mucho que venga inspirado en el art. 408 del C. de comercio español, es un anacronismo que no se concilia con lo dispuesto por el 2189 inc. 1º del C. argentino, relativo al depósito irregular que se ajusta cuando la cosa depositada fuere dinero, o una cantidad de cosas consumibles (léase: fungibles), si el depositante concede al depositario el uso de ellas, o se las entrega sin las precauciones del art. 2188 inc. 2º, aunque no le concediese tal uso y aunque se lo prohibiere. En vano pretendieron justificarlo Obarrio t. II, nº 86, pág. 151; y Malagarrita, t. III pág. 319; contra el parecer de Segovia, t. II, nota 1966, pág. 125.

Art. 1955 — El depositario debe restituir la misma cosa depositada en su estado exterior con todas sus accesiones y frutos, y como ella se encuentre, sin responder de los deterioros que hubiere sufrido sin su culpa. La restitución debe hacerse tan pronto como el depositante la reclame, aun cuando la pida antes del vencimiento del término fijado para la devolución del depósito, el cual se entiende siempre establecido a favor de éste. Si no se hubiese fijado término, el depositario podrá pedir en cualquier tiempo que el depositante tome de nuevo la cosa, pero el juez podrá conceder al depositante un término adecuado para recibirla.

Sobre el parág. 1º ver: arts. 2210 C. argentino; 1933 C. francés; 2916 C. de Luisiana; 1771 parág. 1º y 1775 C. italiano; 1766 y 1770 C. español; 1435 inc. 2º C. portugués; 1292 y 1293 C. boliviano; 2228, 2229 C. chileno; 2253 C. colombiano; 2252 C. ecuatoriano; 2257 y 2258 C. uruguayo; 1761 y 1762 C. venezolano; 1973 C. guatemalteco; 1609 inc. 4 C. peruano; 1265 parág. 1º y 1268 C. brasileño; 695 C. alemán; 475 C. F. S. de las Obligaciones; 2522 C. mexicano; 1351 parág. C. costarricense; 3480 C. nicaraguense; 1951 C. hondureño; 1932 C. de la República Dominicana; 4665 C. de Puerto Rico; 599 C. de la República de China; 651 parág. 1º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2631 inc. 1º y 3º del Esboco de T. de Freitas. 1901 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º de nuestro artículo, ver los mismos artículos ya citados y especialmente: arts. 2217 C. argentino; 1944 C. francés; 1762 C. holandés; 2926 C. de Luisiana; 1771 C. italiano; 1448 C. portugués; 1302 C. boliviano; 2227 C. chileno; 1775 C. español; 2251 y 2252 C. colombiano; 2250 y 2249 C. ecuatoriano; 2351 C. mexicano; 3480 C. nicaraguense; 1956 C. hondureño; 1944 C. de la República Dominicana; 4670 C. de Puerto Rico; 1908 del Anteproyecto de Bibiloni; 1170 del Proyecto agentino de 1936.

Art. 1956 — Si el depositante es uno solo, el depositario debe hacerle a él la restitución o al individuo indicado por él para recibir el depósito, o a sus herederos. Si el depósito ha sido hecho a nombre de un tercero, debe ser restituído a éste o a sus herederos. Si por el fallecimiento del depositante le sucedieren dos o más herederos, se restituirá el depósito a todos ellos si estuvieren conformes. Si no lo estuviern, el depositario pondrá la cosa depositada a la orden del juez de la sucesión. La misma regla se aplicará cuando fueren dos o más los depositantes y no se acordaren en recibir el depósito.
Si son varios los depositarios, el depositante tendrá derecho a pedir la restitución a aquél de ellos en cuyo poder se encuentre la cosa. Este debe dar inmediatamente noticia de ello a los otros depositarios.

Ver: arts. 2211 C. argentino; 1937 y 1939 C. francés; 1772 C. italiano; 2922 C. de Luisiana; 1772 C. español; 1443 y 1444 C. portugués; 1756 C. holandés; 1295 C. boliviano; 460 C. F. S. de las Obligaciones; 2262, 2263 y 2264 C. uruguayo; 1767 C. venezolano; 1965 y 1966 C. guatemalteco; 1613 y 1615 C. peruano; 2525 y 2526 C. mexicano; 1274 C. brasileño; 3472 C. nicaraguense; 1953 C. hondureño; 1939 C. de la República Dominicana; 4657 C. de Puerto Rico; 1902 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1957 — Salvo convención en contrario, la restitución de la cosa debe hacerse en el lugar en que se halle la cosa depositada. Si en el contrato se hubiere designado otro lugar, debe el depositario transportar la cosa a este lugar. Los gastos causados por la conducción y la entrega serán de cargo del depositante.

Ver: arts. 2216 C. argentino; 1942 y 1943 C. francés; 1774 C. italiano; 2924 y 2925 C. de Luisiana; 1774 C. español; 1447 C. portugués; 1300 C. boliviano; 2232 C. chileno; 2256 C. colombiano; 2255 C. ecuatoriano; 2267 C. uruguayo; 1770 C. venezolano; 1619 C. peruano; 1353 C. costarricense; 3477, 3478 y 3479 C. nicaraguense; 1955 C. hondureño; 1942 C. de la Republica Dominicana; 4669 C. de Puerto Rico; 653 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 477 C. F. S., de las Obligaciones; 609 del C. Civil de la República de China; 1907 del Anteproyecto de Bibiloni; 1168 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.
No se toma en cuenta el lugar de la celebración del contrato, sino el lugar en que se halla la cosa depositada. Cuanto a la carga de los gastos de transporte impuesta al depositante cuando la entrega de la

cosa debe hacerse en otro lugar que el de custodia, se explica en razón de la gratuidad del servicio prestado por el depositario. La equidad, dice Pothier, no permite que éste soporte ningún gasto (ver autor y opus cits. nº 56, pág. 1444; Zachariae, t. V, parág. 736, texto y nota 20, pag. 20; Troplong, opus cit. nº 166 a 170, pág. 136 y ss; Aubry y Rau, t. VI, parág. 403, pag. 136 5ª edición; en contra: Delvincourt, t. III, pág. 432. Este, por error criticado por Troplong, llegó a afirmar que el lugar de la entrega es el lugar que la cosa tenía al tiempo de la celebración del contrato).

Art. 1958 — Los herederos del depositario, que hubieren vendido de buena fe la cosa mueble, cuyo depósito ignoraban, no están obligados sino a devolver el precio que hubieren recibido. Si la cosa no ha sido pagada todavía, el depositante se subroga en el derecho de los enajenantes.

Ver: arts. 2212 C. argentino; 1935 C. francés; 2918 C. de Luisiana; 1778 C. español; 1294 C. boliviano; 1776 C. italiano; 2231 C. chileno; 2255 C. colombiano; 2254 C. ecuatoriano; 2260 C. uruguayo; 1617 C. peruano; 1272 C. brasileño; 1356 C. costarricense; 3494 C. nicaraguense; 1960 C. hondureño; 1935 C. de la República Dominicana; 4673 C. de Puerto Rico 650 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1903 del Anteproyecto de Bibiloni; 1173 del Proyecto argentino de 1936. Viene esta norma de las enseñanzas de los jurisconsultos romanos, según los cuales, si el heredero del depositante, en la ignorancia del depósito, vende de buena fe la cosa depositada, no debe el precio por el cual él la ha vendido, sino sólo lo que hubiere recibido. Si no ha sido pagado todavía, debe ceder su acción al depositante, aunque el comprador resulte insolvente (ver Pothier, opus cit. nº 46, pág. 141; Troplong, opus cit. nºs. 124 a 130, pág. 103).

Si el heredero ha consumido de buena fe la cosa depositada, deberá su valor en el momento de consumirla. Si ha dispuesto gratuitamente de ella, deberá igualmente su valor en el momento de su disposición, a menos de la acción de nulidad de la donación, por habérsela hecho sobre una cosa ajena, siguiese en trámites contra el donatario y éste no le ofreciera al depositante la cesión de sus derechos (ver: Duranton, t. XVIII, nº 48, pág. 43, 4ª edición y Aubry y Rau, t. VI, parág. 403, texto y nota 3, pag. 132, 5ª edición; en contra; Zachariae, quien niega al depositante toda acción contra el heredero del depositario que ha hecho donación de la cosa depositada (autor y opus cit. t. V, parág. 735,teto y nota 11, pág. 8).

Art. 1959 — Si estando la cosa depositada bajo la custodia del depositario, fuere éste demandado por quien reivindica la propiedad de ella o invoca derechos sobre la misma, debe él, bajo pena de resarcimiento del daño, denunciar la controversia al depositante, y será eximido de la obligación de responder a la acción si declara el nombre y el domicilio del depositante. Podrá, igualmente, liberarse de la obligación de restituir la cosa, si la deposita a la orden del juez, a costa del depositante.

Ver: arts. 1777 parág. 2º C. italiano; 1775 parág. 2º C. español; 1944 parág. 2º C. francés, 2926 parág. 2º C. de Luisiana; 1302 C. boliviano; 1442 C. portugués; 1268 parág. 2º C. brasileño; 2268 in fine y 2261 C. uruguayo; 1968 inc. 1º C. guatemalteco; 1616 inc. 1º C. peruano 2528 C. mexicano; 3481 C. nicaraguense; 1956 parág. 2º C. hondureño; 1944 segunda parte C. de la República Dominicana; 4670 parág. 2º C. de Puerto Rico.

Art. 1960 — El depositario no puede exigir que el depositante pruebe que la cosa depositada es suya. Si llegare a descubrir que la cosa ha sido hurtada o robada y quién es su dueño, debe hacer saber a éste que él la tiene bajo su custodia para que la reclame dentro de diez días, con la advertencia de que si no lo hiciere así, en este plazo, el depositario la entregará al depositante.

Ver: arts. 2215 C. argentino; 1938 C. francés; 2921 C. de Luisiana; 1771 C. español; 1296 C. boliviano; 1442 C. portugués; 2261 y 2227 C. uruguayo; 1766 C. venezolano; 1968 inc. 2º C. guatemalteco; 2523 C. mexicano; 1354 C. costarricense; 3471 C. nicaraguense; 1952 C. hondureño; 1938 C. de la República Dominicana; 4666 C. de Puerto Rico; 652 parág. 3º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1906 del Anteproyecto de Bibiloni; 1169 del Proyecto argentino de 1936. El que ha dado la cosa en depósito, enseña Pothier, no tiene necesidad de probar que él es el propietario de ella. Basta que él haya sido quien la dió en depósito para que la cosa le sea restituída, siquiera no sea suya, y aun cuando la hubiese robado. La Ley 39 del Libro XVI, Tít. III del Digesto dice que: "El poseedor de mala fe, el ladrón mismo, según Marcellus en el libro VI del Digesto, tiene acción para hacerse devolver la cosa por él depositada; por que hay interés, por medio de la acción contra él, en perseguirle por la restitución". **Si praedo, vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum, eo quod teneantur** (ver: Les Cinquante livres Du Digeste, versión francesa de Hulot, t. II, pág. 443; Pothier, opus cit. nº 51, pág. 142).

Más si el depositario, —agrega Pothier, después de recibir de buena fe el depósito; llega a descubrir que la cosa que le fue dada en depósito, ha sido robada, y conoce él la persona a quien se le ha robado, debe más bien entregarla a quien ella pertenezca que a aquel que se la dió en depósito, y debe de ello advertir a esta persona para que la reclame. En este caso, la obligación que el depositario ha contraído en favor del que le dió la cosa en depósito, debe ceder a otra obligación más fuerte impuesta por la ley natural al depositario, cual es la de restituir la cosa a aquél a quien pertenece.

El depositario, dice a renglón seguido nuestro autor, satisface lo que se debe al propietario de la cosa, al avisarle que la cosa que se le ha robado está en su poder. No está él obligado a restituírsela hasta que el propietario haya obtenido la orden de que ella le sea devuelta, por sentencia dictada contra el que la dió en depósito, quien, ante la reivindicación promovida contra el depositario, debe ser enjuiciado por éste. No sería justo que el depositario se exponga a un proceso por entregar la cosa al propietario antes de ser eximido de su obligación respecto del depositante, por una sentencia dictada contra él.

Tal es la razón por la cual, si el propietario de la cosa a quien se le ha robado descuida el aviso que el depositario le ha dado, y no reclama inmediatamente la cosa, podrá el depositario entregarla al depositante, cuando se la pida. (Ver autor y opus cits. nº 51, pág. 142; Troplong, opus cit. ns.. 139 a 143, págs, 112 y ss; Aubry y Rau, t. VI, parág. 403, texto y nota 15, 136, 5ª edición; Duranton, t. XVIII, nº 58, pág. 50; Zachariae, t. V, parág. 736, texto y notas 18 y 19, pág. 10).

Art. 1961. — El depositario tiene el derecho de retener la cosa depositada, hasta el entero pago de lo que se le deba por razón del depósito; pero no por el pago de la remuneración que se le hubiere ofrecido, ni por lo perjuicios que el depósito le hubiere causado, ni por ninguna otra causa extraña al depósito.

Ver: arts. 2218 C. argentino; 1948 C. francés 1781 C. italiano; 1450 in fine C. portugués; 1765 C. holandés; 967 C. austriaco; 2931 C. de Luisiana; 1779 C. español; 1305 C. boliviano; 2235 C. chileno; 2259 C. colombiano; 2258 C. ecuatoriano; 1278 C. brasileño; 2272 C. uruguayo; 1773 C. venezolano; 2632 C. mexicano; 1357 C. costarricense; 3486 C. nicaraguense; 1961 C. hondureño; 4681 C. de Puerto Rico; 1947 C. de la República Dominicana; 693 y 694 C. alemán; 473 C. F. S. de las Obligaciones; 596 C. Civil de la República de China; 531 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 657 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2655 del Esboco de T. de Freitas; 1909 del Anteproyecto de Bibiloni; 1171 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1962 — El depositario no puede compensar la obligación de devolver el depósito regular con ningún crédito, ni por otro depósito que él hubiere hecho al depositante, aunque fuere de mayor suma o de cosa de más valor.

Ver: arts. 2219 C. argentino (ver: Troplong, opus cit. nº 197 y 198, pág. 152); 2270 C. uruguayo; 1358 C costarricense.

Art. 1963. — Cesan todas las obligaciones del depositario cuando llega a descubrir y probar que la cosa depositada es propia suya.

Ver: art. 1946 C. francés; 1779 C. italiano· 2930 C. de Luisiana; 1772 C. venezolano; 1976 C guatemalteco; 2530 C mexicano; 3484 C. nicaraguense; 1946 C. de la República Dominicana; 655 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. Omitido en los códigos no citados.
La aplicación del presente artículo supone el ejercicio de la acción reivindicatoria de la cosa mueble que ha sido robada o perdida y depositada. Procediendo en tal caso el embargo preventivo de la cosa reivindicada, deberá el depositario haber hecho verosímil su acción para munirse del embargo que lo exima de la obligación de la restitución de la cosa al depositante.

Art. 1964. — Si por consecuencia de un hecho no imputable al depositario, se le priva a éste de la detentación de la cosa, puesta bajo su custodia, quedará libre de la obligación de restituirla al depositante, pero deberá, bajo pena de resarcimiento del daño, dar cuenta inmediata del hecho a éste, quien tendrá derecho a recibir lo que, a consecuencia del mismo hecho, haya conseguido el depositario, y se subroga en los derechos correspondientes a él.

Ver: art. 1780 C. italiano; 1929 C. francés; 2917 C. de Luisiana; 1777 C. español; 1289 C. boliviano; 2230 C. chileno; 2254 C. colombiano y 2253 C. ecuatoriano. A estar a estos preceptos, se estatuye que el depositario no es responsable en ningún caso de los accidentes producidos por fuerza mayor, excepto si ya estuviese en mora para la restitución de la cosa depositada. Agrega el último que si el depositario es privado por fuerza mayor de la cosa puesta bajo su custodia y recibe en cambio alguna suma de dinero o cualquier otra cosa, debe restituir lo que así haya obtenido, al depositante.
Viniendo Messineo a tratar de la imposibilidad de cumplimiento, sobrevenida en los contratos con deber de presentación por sólo una de las partes, como es el depósito, enseña que el riesgo y el peligro se resuelve siempre a cargo exclusivo del acreedor (casum sentit creditor) ver autor y opus cits. t. IV, parág. 113, c) pág. 229; Troplong, opus cit. nº 87 a 96, pág. 70 y ss.; Zachariae, t. V, parag. 736, texto y nota 3, pág. 7; Duranton, t. XVIII, nº 40, pág. 57; Aubry y Rau, t. VI, parag. 403, pag. 131, 5ª edición).

Art. 1965. — Si el depósito fuese irregular, de dinero o de otra cantidad de cosas fungibles, cuyo uso fue concedido por el depositante al depositario, queda éste obligado a pagar el todo y no por partes, otro tanto de la cantidad depositada, o a entregar otro tanto de la cantidad de cosas depositadas, con tal que sean de la misma especie.

Ver: arts. 2220 C. argentino; 2657 del Esboco de T. de Freitas 1782 C. italiano. Tratando Pothier del depósito de dinero o de otras cosas fungibles, con la cláusula de poderos servir de él si lo necesitais, enseña que esta cláusula no impide que el contrato sea un verdadero depósito en tanto que vos no os hayais servido de la suma depositada. Invoca a este propósito la Ley 1, parág. 34 del Libr. XVI, Tít. III del Digesto: "Si pecunia apud..te ab initio hac lege deposita sit, ut voluisses, utereris, priusquam uteris depositi teneberis" o en romance: "Si se ha depositado una suma de dinero en vuestras manos permitiéndoos serviros de ella si lo deseais, sólo quedareis sometido a la acción de depósito en tanto no hagáis uso de ella (Desde que os sirvais de ella, será un verdadero préstamo. Dejará de subsistir el depósito, porque no puede haber depósito de una cosa que ha dejado de existir por el consumo que habéis hecho de ella. Por eso dice la ley romana: priusquam uteris. (ver autor y opus cit. nº 11, pág. 127; y Les Cinquante Livres du Digeste, t. II, pág. 441(.
Haciéndose el depósito de una suma de dinero o moneda contable y no encerrada en una bolsa, la propiedad de ella pasa siempre al depositario, sin necesidad hoy día, en que el comercio pone en movimiento toda suma de dinero, de la cláusula de que el depositario podrá hacer uso de ella, como reza la Ley 34,

atribuída a Ulpiano. Esta especie de depósito, dice Troplong, participa de la naturaleza del préstamo. Obligado el depositario a restituir una suma o cantidad igual, corre con el riesgos de su pérdida porque quia genus perire non potest, de suerte que siendo así, desde el punto de vista de los riesgos, el depositario se equipara al prestatario. Difiere, sin embargo, del préstamo, en que el préstamo se hace en interés del prestatario, necesitado del dinero que recibe y lo ha pedido, al paso que en el depósito irregular el depósito se hace en el interés del depositante. En el préstamo, el prestamista se obliga a esperar el vencimiento del plazo fijado para su reembolso, sin que le sea dado exigir nada antes del término. En el depósito irregular, siempre celebrado en el interés del depositante, debe el depositario estar siempre listo para restituirle la suma recibida (ver autor y opus cit. ns. 114 a 117, pág. 98 y ss.). Ver igualmente: art, 1911 del Anteproyecto de Bibiloni; 1181 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1966 — Se presume que el depositante concedió al depositario el uso del depósito, si no constare que lo prohibió.

Ver: arts. 2221 C. argentino; 1912 del Anteproyecto de Bibiloni. El artículo se refiere al depósito de dinero o de monedas entregados fuera de todo paquete o bolsa cerrados; 2658 parág. 1º del Esboco de T. de Freitas.

Art. 1967 — Si al hacer el depositante el depósito de dinero o de monedas le prohibiese al depositario usarlo, y éste incurriere en mora de restituirlo, deberá los intereses bancarios desde el día del depósito.

Ver: art. 2222 C. argentino; 1913 del Anteproyecto argentino de 1936; 2661 del Esboco de T. de Freitas.

Art. 1968 — Si el depósito se constituye con expresión de la clase de moneda que se entrega al depositario, serán de cuenta del depositante los aumentos o bajas que sobrevengan en su valor nominal.

Ver: art. 576 C. de comercio paraguayo-argentino; 409 del C. español de comercio.

Art. 1969 — Consistiendo el depósito en títulos, valores, efectos o documentos que devenguen intereses, quedan los depositarios obligados a realizar su cobro al tiempo de su vencimiento, así como también a practicar cuántos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos inherentes a ellos con arreglo a las leyes, so pena de daños y perjuicios.

Ver: art. 577 de nuestro C. de comercio; 309 C. portugués de comercio; 110 C. español de comercio; 337 C. mexicano de comercio; 2518 C. Civil mexicano; 603 del C. Civil de la República de China .

Art. 1970. — El depositario puede retener el depósito por compensación de una cantidad concurrente que el depositante le deba también por depósito; pero si se hubiere hecho cesión del crédito, el cesionario no podrá embargar en poder del depositario la cantidad depositada.

Ver: arts. 2223 C. argentino; 1914 del Anteproyecto de Bibiloni; 2664 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas.

Art. 1971. — Será depósito necesario el que fuere ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad; y el de los efectos introducidos en los hoteles o posadas por los viajeros.

Ver: art. 2227 C. argentino; 1949 y 1952 C. francés; 1864 y 1866 C. italiano de 1865, ya abrogado, sin correspondiente en el C. de 1942; salvo el último; 1740 C. holandés; 2935 C. de Luisiana; 1781 inc. 2º C. español; 1307 C. boliviano; 1282 Inc. 2º C. brasileño; 1434 inc. 1º C. portugués; 2236 C. chileno; 2260 C. colombiano; 2260 C. ecuatoriano; 2273 C. uruguayo; 1775 C. venezolano; 1359 C. costarricense; 3502 C. nicaraguense; 1963 Inc. 2º C. hondureño; 1949 C. de la República Dominicana; 4691 inc. 2º C. de Puerto Rico; 2684 del Esboço de T. de Freitas; 1917 del Anteproyecto de Bibiloni; 1175 del Proyecto argentino de 1936.
El depósito necesario llamado por los antiguos doctores depositum miserabile hunde sus raíces en el Derecho romano. Es de Ulpiano la Ley 2 del Digesto, Depositi, según la cual "Continêt causam fortuitam depositionis, ex necessitate descentem, non ex voluntate proficiscentem", o en romance: aquel cuya causa proviene de la necesidad en circunstancias imprevistas, y no de la voluntad del depositante.
Suya es también la Ley 3 que le sigue: "Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intelligendum est, qui nullam aliam causam deponondi habet, quam imminens ex causis suprascriptis periculum", o sea: Considerase depósito el hecho en los casos de tumulto, incendio etc., cuando el depositante no tiene al hacerlo otra razón que el temor a un peligro inminente por las causas arriba enunciadas. (ver: Les Cinquante Livres du Digeste, t. II, pág. 435, versión francesa de Hulot; Troplong, opus, cit. Nº 199, pág. 154; Pothier, opus cit. Nº 75, pág. 151; Zachariae, t. V, parág. 738, texto y nota 1, pág. 12; Duranton, t. XVIII, Nº 75, pág. 65; Aubry y Rau, t. VI, parág. 405, pág. 139, 5ª edición, etc.).

Art. 1972. — El depósito necesario por ocasión de peligro o de fuer-

za mayor, puede confiarse a personas adultas aunque relativamente incapaces de obrar, y éstas responden del depósito aunque no estén autorizadas por su representantes para recibirlos.

Var: arts. 2228 C. argentino; 2238 C. chileno; 2262 C. colombiano; 2262 C. ecuatoriano; 2275 C. uruguayo; 3504 C. nicaraguense; 1918 del Anteproyecto de Bibiloni; 1175 del Proyecto argentino de 1936.
Traído por Vélez Sarsfield la fuente del presente artículo de la obra de Troplong, es análogo al 2238 del C. chileno, trasegado al art. 2262 de los códigos colombiano y ecuatoriano y al 2275 del C. uruguayo.
Fundando esta decisión dice Troplong que en los momentos de apuro que acompañan a ciertas catástrofes, no se es libre de elegir a gusto al depositario. Puede uno dirigirse a una mujer casada, a un menor colocados por el azar en nuestra presencia para servirnos. En el caso de naufragio, por ejemplo, se ven todos los días a personas de ambos sexos y de toda edad concurrir al salvataje y recibir en depósito efectos escapados al furor del oleaje. Estos depósitos ¿son nulos?, pregunta nuestro autor. Juzga que en la verdad y la pureza del derecho, no hay por qué dudar sobre la aplicación de las reglas del depósito voluntario en esto caso, las cuales exigen la capacidad de las partes como cualquier otro contrato. El incapaz no podría devenir capaz por circunstancia puramente fortuitas. Mas si el depósito en cuestión no vale como contrato, valdrá siempre como cuasi-contrato, con fuerza obligatoria para constreñir a la mujer casada o al menor a la restitución de la cosa depositada. (ver autor y opus cits. Nº 208, pág. 158).
No se trata de equiparar al menor relativamente incapaz, como el adulto, a la persona capaz a virtud de circunstancias puramente fortuitas. Ya en el art. 1947 del presente Código se contempla los efectos del depósito hecho por una persona capaz en poder de otra que no lo es, el principal de los cuales es hacerla responsable de la conservación de la cosa en los límites en que puede ser obligada a responder por hechos ilícitos. Sin perjuicio de la acción de nulidad del contrato promovida por el incapaz, el depositante tiene derecho a la restitución de la cosa mientras ésta se encuentre en poder del depositario; y a falta de esta circunstancia, al reembolso de lo que haya redundado en beneficio de este último. Nuestro presente artículo; empero, siguiendo la doctrina de Troplong, responsabiliza directamente del depósito al depositario incapaz si el depósito es necesario. Es sin duda una derogación al derecho común, como lo observa Segovia (ver autor cit. Explicación y Crítica del Código Civil, t. I, nota 80, pág. 608 primera edición).
Hemos creído necesario hacer preceder el adjetivo "incapaces" del adverbio "relativamente" para aclarar y limitar la idea de la ineptitud de obrar a que se refiere el art. 2228 del C. argentino, demasiado general, en cuanto lo mismo puede comprender a los absolutamente incapaces que a sólo los relativamente incapaces sobre todo cuando por este Código la mujer casada ha dejado de serlo.

CAPITULO II

Del depósito en hoteles o posadas

Art. 1973. — Los hoteleros o posaderos están obligados como depositarios por las cosas que los viajeros les entrega para su custodia, aunque expresamente no se hayan entregado al posadero o sus dependientes, y aunque ellos tengan la llave de las piezas donde se hallen los efectos.

Ver: art. 2229 C. argentino; 1952 C. francés; 1783 C. italiano; 2936 C. de Luisiana; 1783 C. español; 1310 C. boliviano; 701 parág. 1º C. alemán; 487 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 2241 C. chileno; 2265 C. colombiano; 2265 C. ecuatoriano; 2277 C. uruguayo; 1777 C. venezolano; 1624 C. peruano; 1978 C. guatemalteco; 1284 C. brasileño; 2535 C. mexicano; 3506 C. nicaraguense; 1965 C. hondureño; 1952 C. de la República Dominicana; 4693 C. de Puerto Rico; 506 C Civil de la República de China; 533 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 666 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1919 del Anteproyecto de Bibiloni; 1176 del Proyecto argentino de 1936. Este contrato, equiparado al depósito necesario, se forma tácitamente por la entrega del equipaje del viajero o por su introducción en el hotel, posada, fonda, mesón o casa de pensión. Por eso dice nuestro artículo: "**aunque expresamente no se hayan entregado al posadero o sus dependientes**", porque la validez del depósito no se subordina a la forma escrita. Puede probárselo por testigos. Un viajero que llega fatigado, dice Troplong, tiene otra cosa que hacer que labrar un acta del depósito confiado al posadero o mesonero.
No excusa la responsabilidad del hotelero la circunstancia de que la llave de la habitación asignada al viajero se encuentre en su poder, porque por regla general las habitaciones de los hoteles están dotadas de dos o más llaves, o bien de una llave maestra que puesta en manos de las mucamas o mucamos les permite abrirlas en ausencia del huésped para higienizarla.
El hotelero no podría alegar ignorancia de las cosas introducidas por los viajeros en su hotel. No se requiere que él las conozca en detalle. Si su vigilancia es exacta, —agrega Troplong— él protegerá con su buena y cuidadosa administración a las personas y las cosas que han tenido entrada en su casa. No se exige más para hacer nacer la responsabilidad del hotelero (ver autor y opus cits. Nº 210 a 218, pág. 162 y ss. En contra: Pothier, opus cit. Nº 77, pág. 153, pero su opinión no puede servir para explicar el art. 1952 del C. francés.

Art. 1974. — El posadero y todos aquellos cuya profesión consiste en dar alojamiento a los viajeros, responden ilimitadamente de todo daño, substracción o pérdida que por su culpa o la de los miembros de su familia o de sus auxiliares sufran los efectos de toda clase introducidos en las posadas; o si se han negado sin justos motivos a recibir en custodia las cosas del viajero. Se consideran justos motivos de negativa el excesivo

valor de la cosa en relación a la importancia del hotel y su naturaleza que constituya un obstáculo respecto de la capacidad de los locales.

En todo caso el hotelero queda exento de responsabilidad si prueba que el perjuicio ha sido causado por el mismo huésped, por un compañero de éste o por una persona que haya admitido en su compañía, o cuando el perjuicio provenga de la misma naturaleza de las cosas, o de fuerza mayor, como la introducción a mano armada de ladrones, o por escalamiento que el hotelero no pueda resistir.

El anuncio o cartel por el que el hotelero decline su responsabilidad no surtirá efecto alguno.

Sobre el parág. 1º ver: art. 2230 y 2237 C. argentino; 2243 C. chileno; 2265 C. colombiano; 2266 C. ecuatoriano; 1752 y 1953 C. francés; 2937 y 2938 C. de Luisiana; 1784 C. español; 497 C.F.S. de las Obligaciones; 2278 C. uruguayo; 1778 C. venezolano; 1625 C. peruano; 1284 parág. 2º C. brasileño; 3508 C. nicaraguense; 1966 C. hondureño; 1953 C. de la República Dominicana; 4654 C. de Puerto Rico; 667 incs. 1º y 2º del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1920 y 1925 del Anteproyecto de Bibiloni; 1176 y 1179 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º ver: art. 1784 inc. 1º y 2º C. italiano; 667 inc. 1º y 2º del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 488 parág. 2º del C.F.S. de las Obligaciones.
Sobre el parág. 3 ver: art. 701 C. alemán; 487 C.F.S., de las Obligaciones; 606 parág. 2º del C. Civil de la República de China; 538 segunda parte del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2535 segunda parte C. de México.
Sobre el parág. 4º ver: art. 701 in fine del C. alemán; 1784 in fine C. italiano; 2232 C. argentino; 2283 C. uruguayo; 2537 C. mexicano.

Art. 1975. — El hotelero responderá con arreglo al artículo anterior de los fondos, valores y objetos preciosos sólo hasta la suma de diez mil guaraníes, a no ser que expresamente haya aceptado la custodia de estos objetos a sabienda de que eran de valor o que el daño se haya causado por su culpa o por la de las personas a su servicio.

Ver: arts. 702 C. alemán; 487 C.F.S. de las Obligaciones; 2535 in fine C. mexicano; 2235 C. argentino; 2245 C. chileno; 2269 C. colombiano; 2269 C. ecuatoriano; 2281 C. uruguayo; 1777 C. venezolano; 1626 C. peruano; 3510 C. nicaraguense; 542 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1924 del Anteproyecto de Bibiloni; 1178 del Proyecto argentino de 1935; Aubry y Rau, parág. 406, texto y notas 10 y 11, pág. 143, 5ª edición.

Art. 1976. — Las normas de este Capítulo se aplican igualmente a los empresarios de casas de curación o sanatorios, balnearios, pensionados, establecimientos de enseñanza para internos, coches camas ocupados por viajeros, fondas, cafés, casas de billar, piezas amuebladas, garajes, cocheras, cuadras o caballerizas públicas y otros establecimientos semejantes.

Ver: arts. 1786 C. italiano; 2248 C. chileno; 2272 C. colombiano; 2272 C. ecuatoriano; 2538 C. mexicano; 2284 C. uruguayo; 3513 C. nicaraguense; Troplong, opus cits. Nºs 228 y 229, pág. 175; Aubry y Rau, t. VI, parág. 406, nota 1, pág. 140, 5ª edición; Zachariae, t. V, parág. 739, nota 3, pág. 13. Juzga este autor que toda persona que ocupa una habitación en un mesón o posada es para el mesonero o posadero un viajero. Al emplear el art. 1952 del C. francés la palabra viajero, se refiere al caso más ordinario, quod plerunque fit, sin querer excluir los casos particulares que presentan una analogía completa con el caso general. Ahora bien, —agrega— a menos de diferencias que pueden resultar de circunstancias excepcionales o de convenciones particulares, existe una similitud absoluta entre el habitante del lugar que, al alquilar un alojamiento en una posada u hotel, pone los efectos que trae bajo la custodia del hotelero y el viajero que se presenta en las mismas condiciones. Tan cierto es esto que se asimila generalmnte los locadores de piezas amuebladas a los hoteleros y mesoneros, siquiera estos reciban con más frecuencia a individuos sedentarios que a viajeros propiamente dichos.
Tan decisivas como son estas razones hemos abandonado el modelo que nos ofrecía el art. 2233 del C. argentino, y dada la acerba crítica de Segovia al art. 2234, juzgamos preferible omitir su reproducción (ver autor y opus cits. t. I, nota, 91, pág. 610, primera edición). Ver igualmente el art. 543 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 1977. — Fuera de la hipótesis de que el daño sufrido por el viajero sea imputable a culpa del hotelero, o de los miembros de su familia o del personal a su servicio, queda su responsabilidad excluída si el cliente no le denuncia el daño tan pronto como tenga conocimiento de él.

Ver: arts. 1785 C. italiano; 703 C. alemán; 489 primer parágrafo C.F.S. de las Obligaciones; 610 del C. Civil de la República de China; 540 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia. Explicando Schneider y Fick el sentido de la palabra "aussitot" (en seguida, tan pronto como) empleada en el parág. 1º del art. 489 del C.F.S. de las Obligaciones, nos dicen que ella equivale a "sin retardo culpable, tan rápidamente como equitativamente se pueda suponer", como en el ejemplo del huésped que de retorno a su casa en ferrocarril descubre su pérdida en el camino. En este caso, debe él seguir su viaje y llegado que sea a destino debe telegrafiar inmediatamente al hotelero, bajo pena de perder su derecho a reclamo. (autores y opus cit. t. I, Nº 5, pág. 876).
El in fine del art. 669 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos y el parág. 2º del art. 540 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia, fijan en seis meses el plazo de prescripción de la acción en justicia del damnificado contra el hotelero.

Art. 1978. — Acerca del depósito necesario es admisible toda clase de prueba. La deposición de un testigo competente y digno de fe puede ser admitida como prueba suficiente del depósito necesario, aun cuando el valor de la cosa depositada exceda de quinientos guaraníes; pero el juez no admitirá este género de prueba sino con circunspección, según las circunstancias de hecho y del estado de las personas. Podrá rechazarla si no le inspira confianza, o las circunstancias le parezcan sospechosas.

Sobre el primer parágrafo, ver: art. 2237 C. chileno; 2274 C. uruguayo; 2261 C. colombiano; 2261 C. ecuatoriano; 1776 y 1393 C. venezolano; 2280 parág. 2º C. uruguayo 1359 C. costarricense; 1950 C. de la República Dominicana; 1950 C. francés; 1434 inc. 1º C. portugués; 1308 C. boliviano; 3503 C. nicaragüense; 668 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y Contratos.
Sobre la segunda parte, ver: art. 2935 segunda parte, C. de Luisiana; 2260 segunda parte C. uruguayo (Confróntese: Leisona, Prueba Testifical y pericial, Nos. 136 a 138, pág. 159; Baudry Lacantinerie y Barde, Des Obligations, t. IV, 2628, pág. 310; Toullier, t. IX, Nº 196, pág. 316, 4ª edición; Durranton, t. XVIII, Nº 76, pág. 65, 4ª edición; Larombiere, t. V, sobre el art. 1348, Nº 29 y 30, pág. 167 y ss., edición 1857; Laurent, t. XIX, Nº 566, pág. 583; Aubry y Rau, t. VI, parág. 405, texto y nota 1, pág. 139, 5ª edición; Troplong, opus cit. Nº 203, pág. 156; Zachariae, t. V, parág. 738, pág. 12; Pothier, opus cit. Nº 76, nota 1, pág. 151; etc.).

CAPITULO III

Del depósito en los almacenes generales

Art. 1979. — Los almacenes generales son responsables de la conservación de las mercaderías depositadas a menos que se pruebe que la pérdida, la disminución o la avería proviene de caso fortuito, de la naturaleza de las mercaderías o bien de vicios de ellas o del embalaje.

Ver: art. 1787 C. italiano; 483 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 417 C. alemán de comercio y 613 del C. Civil de la República de China. Sin antecedentes en nuestra legislación, ni en la de las otras naciones americanas. Se trata del Lagergeschaft del derecho alemán o Contrat d'entrepot de su versión francesa en el C. F. Suizo de las Obligaciones o Deposito nei magazzini generali del Código italiano de 1942.
El contrato de depósito en almacenes generales es, dice Rossel, una convención celebrada entre dos personas: el depositario, que públicamente se ofrece a recibir mercaderías en depósito, y el depositante que le confía su custodia. Mira él a crear condiciones de depósito más seguras y menos onerosas que las condiciones resultantes del depósito que tendría que ser hecho en almacenes particulares o en otra parte. Además, las mercaderías depositadas en almacenes generales permiten una circulación más activa por la negociabilidad del recibo que el almacenista otorga a sus clientes y crean una situación más favorable al crédito de sus propietarios por medio del warrant. (ver autor y opus cit. t. I, Nº 852, pág. 555).
Refiriéndose Messineo a esta figura contractual sin antecedentes en el Derecho romano, señala su peculiaridad por la cualidad de las cosas confiadas al almacenista (mercaderías o frutos) y por la particular cualidad personal del depositario, a todo lo cual se agrega la posibilidad de la circulación de la mercadería por el simple endoso del recibo, típica manifestación del contrato.
Las mercaderías o frutos pueden provenir del interior del país, o sea de los lugares de su producción, previo pago de los derechos de aduana, adicionales, tasas portuarias etc.
Los almacenes generales desempeñan función análoga a los Depósitos francos o almacenes fiduciarios, sujetos a la obligación de contratar, para permitir que las mercaderías o frutos sean conservados a la espera de su ulterior destino definitivo, y preservarlos de todo daño, menoscabo, desperfecto o sustracciones.
El contrato de que se trata es disciplinado en primer lugar por las disposiciones del presente Capítulo, y por analogía, por las reglas generales del depósito voluntario, tales como las que imponen al depositario la obligación de restituir la cosa depositada en especie (idem corpus) y la de conservarlas con la diligencia que el depositario habría observado en la custodia de sus cosas propias.
La responsabilidad por incumplimiento de la obligación de conservación a cargo del almacenista se establece como en el caso de depósito en los hoteles sobre el principio del receptum. Debe éste, para verse libre, probar que la pérdida, la disminución o la avería, provienen de caso fortuito, de la naturaleza de las mercaderías o bien de vicios de ellas o de los embalajes.
Correlativamente, el depositante tiene el derecho de inspeccionar las mercaderías depositadas para comprobar el estado de su conservación y también para retirar las muestras destinadas a su oferta a los eventuales interesados en adquirirlas.
El depositante está obligado a retirar las mercaderías o frutos al vencimiento del depósito, salvo que siendo el contrato por tiempo indeterminado, haya transcurrido un año desde la fecha del depósito, caso en el cual, si la mercadería no es retirada por su dueño, podrá el almacenista, previo aviso al depositante, podrá proceder a su venta, cuyo producido debe ser retenido a disposición del derecho habiente, deducidos los gastos por derecho de custodia. (ver autor y opus cit. t. V, parág. 149, Nº 6, pág. 281 y Grendi, opus cit. Nº 732, pág. 492).

Art. 1980. — El depositante tiene derecho a inspeccionar las mercaderías depositadas y a retirar las muestras de uso.

Ver: art. 1788 C. Italiano; 433 parág. 3º C.F.S. de las Obligaciones; 417 y 418 C. alemán de comercio; 620 C. Civil de la República de China.
Acerca del derecho de inspección conferido al depositante dispone el parág. 3º del art. 483 del C.F.S., de

...las Obligaciones que además de inspeccionar, puede él hacer ensayos durante el tiempo consagrado a los negocios y tomar, en cualquier momento, las medidas conservatorias. Podrá durante las horas de trabajo retirar muestras para ofrecerlas a su clientela. Si la muestra es importante, debe dar recibo de ella. En los costumbres suizas está que el almacenista dicte reglamentos especiales sobre el derecho de visita.

Art. 1981. — Los almacenes generales, previo aviso al depositante, pueden proceder a la venta de las mercaderías, cuando al término del contrato, las mercaderías no sean retiradas o no se renueve el depósito, o bien tratándose de depósito por tiempo indeterminado, hubiere transcurrido un año desde la fecha del depósito y en todo caso si las mercaderías estuviesen amenazadas de perecer. Para la venta se observarán las modalidades establecidas en el art. 1126.

El producido de la venta, deducidos los gastos y todo lo demás que corresponda a los almacenes generales, debe ser puesto a disposición de los derechos habientes.

Ver: art. 1789 C. italiano. La suma claridad de este precepto nos libera de la obligación de explicarlo. No trayendo su origen de fuente germano-suiza, sabe a creación de la práctica mercantil italiana, consagrada por la jurisprudencia, tanto que la propia exposición de motivos del Código de 1942 no le ha dedicado acotación alguna digna de ser trasegada a esta apostilla.

Art. 1982. — Los almacenes generales, a pedido del depositante, deben librar un recibo de las mercaderías depositadas.

Este recibo debe indicar:

1) el nombre y apellido o la razón social y domicilio del depositante;

2) el lugar del depósito;

3) la naturaleza y la cantidad de las cosas depositadas y los demás datos para individualizarlos;

4) si por la mercadería se han pagado los derechos de aduana, adicionales y gastos y si ha sido asegurada.

Ver: art. 1790 C. italiano; 482 C.F.S. de las Obligaciones; 416 y 424 C. alemán de comercio; 616 C. civil de la República de China.

El recibo que dice nuestro artículo es para el depositante el título representativo de la mercadería depositada, el cual según el parág. 2º del art. 482 del C.F.S., de las Obligaciones es un documento (papiers-valeurs) que permite a su poseedor exigir: la restitución de las mercaderías depositadas, como en el caso de un depósito voluntario, a tenor del art. 486 del mismo Código. Su transferencia a un tercero; como por ejemplo, un acarreador, importa la tradición de la propia mercadería. El adquirente de tal documento adquiere por esta transferencia un derecho real de dominio, que en caso de pérdida de la mercadería, le permite cobrar el seguro. Si el documento es nominativo, es transmisible por endoso. Si es al portador (boiteux), el almacenista emisor se reserva el derecho de exigir del portador la prueba de su propiedad de la mercadería. El documento al portador puede transformarse en nominativo, con el consentimiento del deudor. Los almacenes generales suizos no pueden emitir documentos de esta naturaleza sin autorización del Estado. En Italia llaman a este documento: "talón de introducción", destinado a la descripción e identificación de la mercadería. Es el título de depósito que, como en el derecho suizo, puede transferirse por endoso y confiere a su poseedor el derecho de prenda sobre las cosas depositadas. Siendo así, son de una utilidad evidente para el propietario de la mercadería depositada, porque le permite darlas en prenda, para obtener de ellas una subvención sobre su valor (mutuo pignoraticio, apertura de crédito, anticipo contra prenda, descuento etc.) sin necesidad de desplazar o entregar la mercadería o frutos al comprador o al que da la subvención, o al acreedor pignoraticio o al que hace el descuento, con lo que se obtiene, dice Messineo, una notable simplificación y economía, y, sobre todo, haciéndose posible la reiterada negociación, o la reiterada dación de las mercaderías en prenda, sin remoción de las mercaderías (circulación jurídica de éstas).

Los almacenes generales italianos no requieren una autorización gubernativa para tales operaciones. (ver: Messineo, opus cit. t. V, parág. 149, Nº 6 bis; pág. 283).

Art. 1983. — Al recibo de depósito se une la nota de prenda, sobre la cual se repiten las indicaciones exigidas en el artículo anterior.

El recibo y la nota de prenda deben separarse de un registro único con matriz, que se conservará en poder del almacenista.

Ver: art. 1792 C. italiano. Sin antecedente en la legislación germano-suiza.

Art. 1984. — El recibo de depósito y la nota de prenda pueden ser otorgados a nombre del depositante o de un tercero designado por éste, y son transferibles, ya sea conjunta o separadamente, mediante endoso.

Ver: art. 1792 C. italiano.

Art. 1985. — El poseedor del recibo unido a la nota de depósito tiene derecho a la restitución de las cosas depositadas, y a pedir que, a su costa, sean éstas divididas en partidas, provistas cada una de un recibo de de-

pósito distinto con la nota respectiva de prenda en sustitución del título primitivo del conjunto. El poseedor de la nota de prenda tiene derecho de prenda sobre las cosas depositadas.

El poseedor de sólo el recibo no tiene derecho a la restitución de las cosas depositadas si no observa los extremos del art. 1987, pero podrá ejercer el derecho que se le confiere por el art. 1984.

Ver: art. 1793 C. Italiano y 617 del C. Civil de la República de China. (Ver: Messineo, opus cit. t. V. parág. 149, Nº 6 bis, e); 6 ter, y 6 quater, págs. 285 y ss.).

Art. 1986. — El primer endoso de la nota de prenda debe indicar el monto del crédito y de los intereses, así como el vencimiento. El endoso con dichas indicaciones, debe ser transcrito en el recibo de depósito y firmado por el endosatario.

El endoso de la nota de prenda que no indique el monto del crédito, vincula, a favor del poseedor de buena fe, todo el valor de las cosas depositadas. Queda, sin embargo, a salvo al titular o al tercer poseedor del recibo de depósito, que haya pagado una suma no debida, la acción de repetición frente al contratante directo y al poseedor de mala fe de la nota de crédito.

Ver: art. 1794 C. Italiano. Sin desperdicios la apostilla de Messineo a este precepto, la reproducimos literalmente en lo que sigue: "El endoso de sólo la nota de prenda, se lo emplea para gravar de prenda las mercaderías depositadas. El depositante (titular de los títulos) o el endosatario de ellos, puede, en cierto momento, tener necesidad de crédito, caso en el cual puede ofrecer a su acreedor (mutuante o prestamista) una garantía real constituída sobre las mercaderías, sin que la circunstancia de no estar ya en su posesión, constituya impedimento para ello. Puede, mediante el endoso (y la entrega) de solo la nota de prenda, sin retirar las mercaderías, constituir prenda sobre ellas, con la misma eficacia que si lo hiciese por su entrega material. De esta suerte, el mutuante se convierte en acreedor pignoraticic, con todas las ventajas que esta cualidad le atribuye frente al deudor y a los otros eventuales acreedores de él.
También el tomador de los dos títulos puede convertirse en acreedor pignoraticio en tanto conserve la nota de prenda, siquiera endose el recibo de depósito. Efecto singular de la circulación de la nota de prenda es el de movilizar una garantía real, de modo que el acreedor pignoraticio pueda valerse de ella para dar, él a su vez, garantía respecto de una deuda que contraiga. Esto, en el modo exacto en que una etra de cambio, endosada, permite al endosatario proporcionar una garantía que, antes del endoso, favorecía al endosante, y ahora a favor del endosatario y a cargo del endosante.
Esta analogía de función explica cómo, en la disciplina de la nota de prenda, se contienen expresas referencias a la disciplina de la letra de cambios.
"Con el primer endoso de sólo la nota de prenda, entra ésta en circulación, respecto del primer tomador. Precisamente por eso, el presente artículo coordina los efectos del endoso a la observancia, o no, de una cierta carga por parte del primer endosante. En efecto, por el primer apartado del presente artículo, debe el primer endosante indicar en el contexto del endoso el monto del crédito y de los intereses respectivos y el vencimiento de dicho crédito; y tal endoso debe transcribirse en el recibo de depósito, que queda en manos de su poseedor, y firmarse por el endosatario, o sea por el acreedor pignoraticio.
"Para que se comprenda la razón de este precepto, es necesario agregar que el endoso y la entrega de la nota ocupan el lugar, respectivamente, de la escritura que acredita la constitución de prenda y de la entrega material de la cosa al acreedor pignoraticio, prescriptas para la constitución de la prenda. La finalidad de las indicaciones precedentes es la de dejar advertido al endosatario del recibo de depósito, de que la mercadería depositada está gravada de prenda en la medida resultante de dicho endoso.
Evidentemente, no podrían faltar el endoso y la entrega del título, porque sin ellas faltaría la constitución en prenda de la mercadería. Lo que puede faltar es la indicación del monto del crédito e intereses, pero, en tal caso, la entrega es en absoluto en daño del poseedor del recibo del depósito y en beneficio absoluto del acreedor pignoraticio: en el sentido de que el primer endoso y también los sucesivos endosos de la nota vinculan, a favor del poseedor de buena fe esa nota, todo el valor de las mercaderías depositadas, aunque el monto del crédito sea inferior a ese valor. Se asegura, de este modo, al poseedor del recibo de depósito, una acción de repetición; pero el efecto de garantía, extendido a todo el valor de las mercaderías depositadas, queda a salvo" (ver autor y opus cits. t. V, parág. 149, nº 6 quater, pág. 286).

Art. 1987. — El poseedor de sólo el recibo de depósito puede retirar las cosas depositadas aun antes del vencimiento de la deuda por la que fueron gravadas de prenda, depositando en los almacenes generales la suma debida a su vencimiento, al acreedor pignoraticio.

Bajo la responsabilidad de los almacenes generales, cuando se trata de mercaderías fungibles, el poseedor de sólo el recibo de depósito puede retirar también parte de las mercaderías, depositando en los almacenes generales una suma proporcional al monto de la deuda garantizada por la nota de prenda y a la cantidad de las mercaderías retiradas.

Ver: art. 1795 C. Italiano. Es igualmente de Messineo lo que sigue: "Puede ocurrir que el poseedor de los dos títulos conserve uno sólo de ellos y ponga en circulación por el endoso el otro; o bien que ponga en circulación por el endoso separado, los dos títulos, a personas distintas. Aquí, los efectos resultan más complejos.
"Desde luego, la nota de prenda que quede en manos del depositante (o, en general, del primer tomador de ella), mientras circula el recibo de depósito, tiene un valor negativo, en el sentido de impedir que otro pueda adquirir el derecho de prenda sobre las mercaderías.

"El poseedor de solo el recibo de depósito, o el endosatario de él (y con el endoso el recibo entra en circulación, por obra del primer tomador), conserva, o, respectivamente adquiere el derecho a la entrega de las mercaderías; pero tal derecho está fuertemente limitado por el coexistente derecho ajeno de prenda, que ha surgido por el hecho de la separación de la nota de prenda respecto del recibo de depósito y que prevalece sobre el derecho (del poseedor del recibo) a la entrega de las mercaderías. En efecto, el poseedor de sólo el recibo de depósito, para poder obtener la entrega de las mercaderías, debe depositar en el Almacén la suma correspondiente al acreedor pignoraticio (poseedor de la nota de prenda) con lo que el derecho de tal acreedor queda salvaguardado.

"En otras palabras, el poseedor de sólo el recibo de depósito puede retirar las mercaderías depositadas, aun antes que venza la deuda a garantizar la cual fueron gravadas de prenda, siempre que deposite dicha suma; y siempre que se trate de mercaderías fungibles puede bajo la responsabilidad del Almacén, retirar también una parte singular de las mercaderías, contra el depósito en el Almacén de una suma proporcional al monto de la deuda garantizada por la nota y a la cantidad de las mercaderías retiradas. Tal denominado "depósito" es, en efecto, un pago de precio, o numerario pecunire, en cuanto de tal suma el poseedor del recibo de depósito no puede pretender la restitución, como podría hacerlo, si fuese depósito.

"Además, el poseedor de sólo el recibo de depósito tiene el derecho de inspeccionar las mercaderías depositadas y retirar las muestras de uso.

"Por tanto, el endoso de los dos títulos a personas distintas, al determinar dos circulaciones separadas, da origen a dos derechos en parte concurrentes: uno (personal) a la entrega y el otro (real) de prenda. El concurso entre ellos se resuelve como queda expuesto' (ver autor y opus cits. t. V. parág. 149, nº 6 ter, pág. 285).

Art. 1988 — El poseedor de la nota de prenda que no ha sido satisfecho a su vencimiento y que haya labrado protesto a tenor de la ley cambiaria, puede hacer vender las cosas depositadas de conformidad con el art. 858 transcurridos ocho días computados desde la fecha del vencimiento.

El endosante que voluntariamente ha pagado al poseedor de la nota queda subrogado en sus derechos y puede proceder a la venta de las cosas depositadas transcurridos ocho días desde su vencimiento.

Ver: Art. 1796 C. italiano. Una vez más juzgamos prudente remitir la explicación de este precepto a la autoridad de Messineo, quien a propósito se expresa así: "Mientras el poseedor (o endosatario) de sólo el recibo de depósito tiene derecho al retiro de las mercaderías (en cuanto existan todavía en el Almacén), de conformidad con su calidad de título de depósito, la posición del poseedor (o endosatario) de sólo la nota es la de acreedor pignoraticio y está dirigida a la realización de la garantía (constituida por las mercaderías en el Almacén); lo que presupone una acción ejecutiva contra el deudor originario que da la mercadería en prenda, justificada por el cumplimiento de la deuda al vencimiento del préstamo o del descuento, garantizado por la nota, y dirigida a satisfacer al acreedor pignoraticio sobre el valor de las mercaderías dadas en prenda, o descontadas, mediante el endoso de la nota.

"Los presupuestos de dicha acción ejecutiva son: la tentativa de obtener del deudor (primer endosante de la nota) el pago, contra exhibición de la nota, y en caso de un resultado infructuoso, la formalización del protesto de dicha nota a tenor de la ley cambiaria, por ante un notario y escribano público, para dejar constancia de que el deudor se ha negado a hacerlo.

"En tal caso, el poseedor de la nota tiene el derecho de hacer vender a tenor del art. 1122 las mercaderías depositadas, una vez transcurridos ocho días computados desde el día del vencimiento de la deuda. Dentro de ese término, el deudor podrá ser admitido a pagar la deuda, los intereses y los gastos, con efecto liberatorio también para las mercaderías.

"Por tanto, la posesión de la nota de prenda (originaria o derivada del endoso) confiere una garantía real de prenda que circula con ella.

"El endoso de la nota de prenda tiene, bajo determinadas condiciones, el efecto del endoso cambiario que implica garantía por parte del endosante, del pago del título y que está, en cambio, excluída en cuanto a otros títulos a la orden en general, como se verá más adelante.

"Sin embargo, nuestro artículo prevé que, entretanto, el endosante de la nota pague espontáneamente al poseedor de ella, caso en el cual queda subrogado en los derechos de este último, o sea, en el crédito garantizado por la nota, y, por tanto, en el derecho de hacer vender las mercaderías depositadas, para cobrarse sobre su producido' (ver autor y opus cits. t. V, parág. nº 6 quinquies, pág. 288).

Art. 1989 — El poseedor de la nota de prenda no puede accionar contra el endosante, si antes no ha procedido a la venta de la prenda.

Los términos para ejercer la acción de repetición contra los endosantes son los establecidos por la Ley cambiaria y corren desde el día en que ha tenido lugar la venta de las cosas depositadas.

El poseedor de la nota de prenda decae de la acción de repetición contra los endosantes, si al vencimiento no formaliza el protesto o si, dentro de los quince días desde el protesto, no promueve la instancia para la venta de las cosas depositadas.

Dicho poseedor conserva, sin embargo, acción contra los endosantes del recibo de depósito y contra el deudor. Esta acción prescribe a los tres años.

Ver: art. 1797 C. italiano. "Puede ocurrir; dice a este propósito Messineo, que el endosante no pague espontáneamente al poseedor de la nota, que ha quedado insatisfecho por incumplimiento del deudor principal. En tal caso, él, como obligado en repetición, queda expuesto a la acción cambiaria del poseedor de la nota, siquiera no incondicionalmente.

"El poseedor debe, ante todo, hacer excusión de los bienes del deudor principal, por medio de la realización de la prenda y cobrar; o sea que debe, antes, proceder a la venta de las mercaderías depositadas y satisfacerse sobre su producido hasta la concurrencia del valor; y cuando ese valor sea suficiente, nada podrá pedir él al endosante y su acción de repetición habría perdido su fundamento, por falta de contenido.

"Los términos para ejercer la acción de repetición son los establecidos por la ley cambiaria, los cuales corren desde el día en que ha tenido lugar la venta de las mercaderías depositadas. El poseedor de la nota

decae de su acción de repetición, por omisión del protesto al vencimiento de la deuda, o si, dentro de quince días del protesto, no formula demanda judicial para la venta de las mercaderías depositadas.
"Nuestro artículo contempla una acción ulterior a favor del poseedor de la nota de prenda, que se manifiesta como útil en el caso de que haya él decaído de la acción de repetición contra los endosantes de la nota. Tal acción se concede contra los endosantes del recibo de depósito y contra el deudor.
(ver autor y opus cits. t. V, parág. 149, ns. 6 sexies y 6 septies, págs. 288 y 289)

TITULO XXXVII

DEL COMODATO

1990 — Comodato o préstamo de uso es el contrato por el cual el comodante se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso normal de una cosa no fungible que éste debe restituirle después de hacer de ella el uso convenido o a la expiración del término fijado al efecto.

Ver: arts. 598 y 604 C. alemán; 305 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2498 C. mexicano; 464 C. Civil de la República de China; 419 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1928 del Anteproyecto de Bibiloni; 1184 del Proyecto argentino de 1936.
Contrariamente al derecho común tradicional, de origen romano, el préstamo, de uso, es considerado por el derecho moderno, como contrato consensual (ver Schneider y Fick, opus cit. t. I, nº 3, pág. 508).
Nos apartamos así de la concepción romana de este contrato, según el cual el comodato tiene lugar cuando una de las partes "entrega" a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla, cual lo definen los arts. 2255 C. argentino; 1875 C. francés; 1803 C. italiano; 1506 C. portugués; 1740 C. español; 2864 C. de Luisiana; 1239 C. boliviano; 2174 C. chileno; 2200 C. colombiano; 2197 C. ecuatoriano; 2216 C. uruguayo; 1724 C. venezolano; 1248 C. brasileño; 1587 C. peruano; 1927 C. guatemalteco; 3416 C. nicaraguense; 1919 C. hondureño; 1875 C. de la República Dominicana; 4511 C. de Puerto Rico; 623 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
Llama la atención que habiendo Bibiloni admitido la validez del pacto de comodato, según se infiere del art. 1928 de su Anteproyecto, reconociéndole, por consiguiente, naturaleza consensual, contra lo preceptuado por el art. 2256 del C. argentino, según el cual **"es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa"**, haya, sin embargo trasegado a dicha obra el art. 2255 del Código de Vélez Sarsfield, de cuño netamente romano-francés, en cuanto estatuye que dicho contrato tiene lugar cuando una de las partes "entregue" a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla, y lo que es peor, a sabiendas del vuelco radical de la doctrina civilista germano-suiza en relación a la naturaleza del comodato, **real**, según el derecho romano y los códigos en él inspirados, y **consensual** según los compiladores de los Códigos Civil de la República de China, por el Código de las Obligaciones de la República de Polonia y nuestra América por el Código Civil de México.
La revisión de la concepción doctrinal del comodato por los compiladores del Código alemán ha sido explicada por Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Saleilles, etc., en su **Code Civil Allemand**, t. II, pág. 122 que pasamos a resumir.
La razón por la cual los romanos condicionaron la perfección del contrato de comodato a la entrega de la cosa, es porque esta entrega era un elemento esencial para que la convención produjese efectos respecto de terceros dado que el **simple pacto, nudo acto, estaba destituido de acción**, conforme con la regla: **Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur de la Ley 20, Cod. de Pact. (ver Pothier, Traité du Droit de Domaine de Propriété, in Oeuvres, t. IX, nº 245, pág. 186).**
Por aplicación de esta norma, la simple promesa de hacer un préstamo, pacto de comodato, no obligaba por sí mismo sino sólo por la entrega de la cosa. Más esta regla ha venido a menos en el Derecho moderno, dominado por el principio de la libertad de las convenciones, a virtud del cual la promesa del tradens de dar a otro una cosa a título de préstamo, si no constituye el préstamo mismo, no deja de ser válido y obligatorio como convención especial (promesa de préstamo). Es un contrato **sui géneris**.
Controvertida esta cuestión antes de la sanción del Código del Imperio alemán como puede verse en Windscheid (t. II, parág. 374, texto y notas 1 y 2, pág. 452 y ss.) según el cual, el contrato de comodato es un contrato real que se perfecciona por la entrega de la cosa, o sea que el **commodatarius** queda obligado a su restitución por haberla recibido, fue resuelta de acuerdo con el derecho consuetudinario germánico consagratorio de la regla inversa: "el consentimiento de las partes, cualquiera sea el modo de declararlo, genera un derecho de crédito. La obligación correlativa consiste en la promesa de dar o tomar (ver nota 5 de Fadda y Bensa, a 1 parág. 312 de Windscheid, t. II, pág. 211; y **Code Civil Allemand**, t. II, Tít. IV, pág. 122, versión y nota de Bufnoir, Cazelles etc.).
Explícase así que viniendo Bibiloni a tratar de esta materia diga en la apostilla al art. 1928 de su Anteproyecto que el "peso de esas consideraciones ha conducido a la unánime solución en la doctrina contemporánea de que los contratos preliminares de contratos reales son obligatorios, como tales' (ver autor y opus cits. t. II, pág. 422, edición Kraft).
Siendo así el contrato que nos ocupa implica: 1º concesión de uso o goce; 2º ausencia de toda transferencia de dominio; 3º duración temporal; 4º carácter desinteresado; 5º infungibilidad de la cosa prestada.
En el derecho alemán se admite el comodato de cosas consumibles por el primer uso, como frutas, siempre que sea con prohibición de consumirlas, como por ejemplo, para ser exhibidas en una exposición, o de cosas fungibles, como una moneda, para ser igualmente expuestas en una exposición (ver: Enneccerus, Derecho de Obligaciones, —Doctrina Especial, vol. parág. 137, pág. 211; Scheinder y Fick, opus cit. t. I, nota 18. pág. 510). Lo mismo en derecho francés (Aubry y Raut, t. VI, parág. 391, nota 4, pág. 96, 5ª edición).

Art. 1991 — El contrato de comodato no está sujeto a forma alguna, y puede ser probado por todos los medios de prueba si el valor de la cosa prestada no excede de quinientos guaraníes, a no ser que hubiere un principio de prueba por escrito.

Ver: art. 2263 C. argentino; 2567 del Esboco de T. de Freitas; 2175 C. chileno; 2198 C. ecuatoriano; 2218 in fine C. uruguayo; 1931 del Anteproyecto de Bibiloni; 1185 del Proyecto argentino de 1936.

En derecho francés se admite la prueba testimonial del contrato de comodato de un valor superior a 150 francos, siempre que medie un principio de prueba por escrito (ver: Toullier, t. IX, nº 30, pág. 34; 4ª edición; Duranton, t. XVII, nº 498, pág. 584, 4ª edición; Troplong, Du Pret, ns. 58 a 65, pág. 52 y ss.; Aubry y Rau, t. VI, parág. 391, texto y nota 7, pág. 97, 5ª edición).

Al apartarnos en este punto del art. 2263 del C. argentino, nos hemos rendido a la evidencia de las razones con que Troplong y Toullier impugnan la doctrina según la cual el contrato de depósito puede ser probado por todos los medios de prueba, incluso la testifical, sin limitación ni restricción alguna cualquiera sea el valor de la cosa depositada, tal como Danty lo preconizó bajo el imperio de las Ordenanzas francesas de Moulins y de 1667, fundado en dos sentencias del Parlamento de París del 11 de abril de 1574 y marzo de 1624, a propósito de la pretensión de una mujer de probar por testigos que su vecina detentaba un collar de perlas de 500 escudos, que ella le había prestado de buena fe y sin precaverse de hacerse dar un recibo de la joya. Aún cuando la demandada se amparó en la prohibición de la Ordenanza y adujo que la admisión de la prueba testimonial sería un medio de arruinar a las familias, dado que nada es más fácil que fingir un préstamo de gran valor, la sentencia autorizó la prueba testimonial.

Por referencia a este funesto antecedente, Troplong alega que rigiendo en materia de muebles el principio del art. 2279 del Código francés según el cual "En fait de meubles la possession vaut titre" tal como igualmente lo preceptúa el art. 2412 del C. argentino, mal podría el actor revindicar la cosa mueble de la que el comodatario de mala fe se apropiara si no siministrara la prueba de estar personalmente obligado a restituírsela en virtud de un contrato, un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, únicos casos en que el art. 2279 dejaría de ser aplicable, porque siendo juris et de jure la presunción de propiedad consegrada por ese precepto, la ley le confiere una superioridad invencible sobre el derecho del verdadero propietario: **Mobilia non habent sequelam.**

La reivindicación de la cosa mueble sólo procede contra el actual poseedor que la hubo por delito contra él reivindicante (art. 2775 C. argentino). Esta acción no se dá sino tratándose de cosas muebles robadas o perdidas. Más el comodante que demandase al comodatario de mala fe la restitución de la cosa mueble que le prestó de buena fe, mal podría accionar contra él si no se funda en un contrato que le obligue a la restitución, porque sólo así la presunción de propiedad cedería a la evidencia del dominio del verdadero propietario. Bien dispone el art. 2414 del C. argentino que: **"La presunción de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentra en virtud de un contrato o de un acto lícito o ilícito, obligada a la restitución de la cosa".**

Siendo así, como lo es, mal podríamos trasegar a este Código el art. 2263 del Código argentino que Vélez Sarsfield, inspirado por el T. de Freitas, trajo de lart. 2567 de su Esboco, como posiblemente éste hizo otro tanto con el Art. 2175 del Código de Bello, anterior a **Consolidaçao das leis civis**, sin embargo de haberlo criticado en su **Introduccao** (nota 46, pág. LVII).

Otra es la situación de los inmuebles dados en comodato, porque manifestándose su propiedad por hechos que son del dominio de la prueba testimonial, es una verdad cierta, palpable y respetada, dice Troplong, que ese derecho se establece, aun respecto de terceros, tanto por títulos como por testigos.

Art. 1992 — El derecho personal de servirse de la cosa y la obligación de restituirla al comodante, nacen para el comodatario desde que entra a tenerla a nombre de aquél, aunque no sea propietario de ella, con tal que la posea en virtud de un título.

Ver: art. 2265 C. argentino; 1877 C. francés; 1777 C. holandés; 2866 C. de Luisiana; 1741 C. español; 2218 C. uruguayo; 2176 C. chileno; 2201 C. colombiano; 2199 C. ecuatoriano; 1930 C. guatemalteco; 3426 C. nicaraguense; 1877 C. de la República Dominicana; 4521 C. de Puerto Rico.

Nos resistimos a reproducir el principio enunciado por art. 1877 del C. francés, trasegado al 2265 del C. argentino y demás códigos citados arriba, según el cual: **"El comodante conserva la propiedad de la cosa'**, según la sentencia de Pomponius: **"Rei commodatus et possessionem et proprietatem retinemus"**, porque si es exacto para connotar la idea opuesta o sea que el comodatario no goza de la posesión de la cosa, sino su mera detentación, en cuanto el propietario de ella es quien la posee por el comodatario: **"Habet igitur commodatarius, nudam detentionem, non possessionem"** puede, tomado a la letra, inducir en el error de creer que el que no es propietario, como el usufructuario, por ejemplo, no puede darla en comodato, tal como Massé y Vergé lo han observado en la nota 3 al parág. 723 de Zachariae (t. IV, pág. 457). Pothier enseña que el que robó una cosa puede darla en comodato. El contrato así celebrado no obliga menos al comodatario a restituir la cosa al comodante, salvo que el verdadero propietario la haya embargado, caso en el cual el comodatario deberá denunciar este hecho al comodante a quien restituirá la cosa así como haya logrado levantar dicha traba (ver autor y opus cit. in Oeuvres, t. V, ns. 18, pág. 9 y 46, pág. 18)18). Idéntica doctrina enseñan: Duranton t. XVII, nº 514, pág. 594 y Troplong, opus cit. nº 38, pág. 33. Tampoco era aceptable estatuir, como en el art. 2256 del C. argentino, que el comodato es un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa, porque por este Código el comodato es un contrato consensual (art. 1990), y como enseña Enneccerus **"rigurosamente unilateral"** (opus cit. parág. 137, pág. 211), por referencia, sin duda, a la obligación del comodatario de servirse de la cosa según su naturaleza y de restituirla al comodante. Siendo así, el contrato se perfecciona por el acuerdo de las partes. La entrega de la cosa no es sino un hecho cumplido por el comodante en ejecución de su promesa de permitir gratuitamente al comodatario el uso normal de la cosa. El contrato, como acuerdo de voluntades, preexiste a la entrega de la cosa, razón por la cual, nuestro artículo estatuye que: "El derecho personal de servirse de la cosa y la obligación de restituirla al comodante, nacen para el comodatario desde que entra a tenerla a nombre de aquél".

Art. 1993. — El comodatario está obligado a poner en la custodia y conservación de la cosa la misma diligencia que en el cuidado de la cosa propia. No puede servirse de ella más que para el uso determinado en el contrato o por la naturaleza de la cosa. No puede conceder a un tercero el goce de ella sin el consentimiento del comodante.

No cumpliendo el comodatario las indicadas obligaciones, podrá el comodante pedir la inmediata restitución de la cosa, con más los daños y perjuicios por los deterioros que ella sufra por su culpa.

Ver: arts. 1804 C. italiano; 2266 y 2268 C. argentino; 1880 C. francés; 1514 C. portugués; 2869 C. de Luisiana; 1243 C. boliviano; 603 C. alemán; 306 C.F.S. de las Obligaciones: 467 C. Civil de la República de

China; 422 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1251 C. brasileño; 2177 C. chileno; 2202 C. colombiano; 2200 C. ecuatoriano; 2220 C. uruguayo; 726 C. venezolano; 1595 incisos 1º y 2º C. peruano; 1937 incisos 1º y 2º C. guatemalteco; 2500 y 2502 C. mexicano; 3427 C. nicaraguense; 1922 C. hondureño; 1335 y 1336 C. costarricense; 1880 C. de la República Dominicana; 4531 C. de Puerto Rico; 625 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2571 inc. 2º y 2574 del Esboço de T. de Freitas; 1933 y 1934 del Anteproyecto de Bibiloni; 1188 incs. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936. (ver: Aubry y Rau, t. VI, parág. 392, pág. 98; Pothier, opus cit. Nos 21 y 22, pág. 10; Zachariae, t. 4, parág. 724, Nº 1º, pág. 459; Troplong, opus cit. Nº 69, pág. 64; Duranton, t. XVII, Nos 515 y 516, pág. 597, y ss., 4ª edición; Grandi, opus cit. Nº 734, pág. 494, etc.).

Art. 1994. — Si la cosa se deteriorare por culpa del comodatario y este menoscabo fuere tal que la cosa no sea ya apta para emplearse en su uso ordinario, podrá el comodante hacerle dejación de su propiedad, y exigirle el pago del valor anterior de ella.

Ver:art. 2267 C. argentino; 2178 parág. 2º C. chileno; 2203 parág. 2º C. colombiano; 2201 parág. 2º C. ecuatoriano; 2221 C. uruguayo; 1939 C. guatemalteco; 2502 C. mexicano; 1251 C. brasileño; 3428 C. nicaraguense; 1933 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1188 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 1995. — El comodatario no responde de los deterioros en la cosa prestada por efecto de sólo el uso de ella, o porque provengan de su propia calidad, vicio o defecto.

Pero si la cosa ha sido estimada al tiempo del contrato, su perecimiento es a cargo del comodatario aun cuando haya ocurrido por causa no imputable a él.

Sobre el parágrafo 1º ver: art. 2270 C. argentino; 1884 C. francés; 1812 del C. italiano de 1865, ya abrogado; 1807 del C. italiano de 1942; 1785 C. holandés; 2873 C. de Luisiana; 1516 parág. 1º C. portugués; 1746 C. español; 1247 C. boliviano; 2223 C. uruguayo; 1728 C. venezolano; 2507 C. mexicano; 1597 C. peruano; 1942 C. guatemalteco; 3431 C. nicaraguense; 1925 C. hondureño; 1854 C. de la República de China; 628 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2578 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1936 del Anteproyecto de Bibiloni.

Sobre el parág. 2º ver: art. 1883 C. francés; 1806 C. italiano; 1784 C. holandés; 2872 C. de Luisiana; 1745 C. español; 1246 C. boliviano; 1727 inc. 5º C. venezolano; 1932 C. guatemalteco; 2506 C. mexicano; 1339 C. costarricense; 1983 C. de la República Dominicana; 4533 C. de Puerto Rico; sin antecedente en el C. argentino, ni en el Anteproyecto de Bibiloni, ni en el Proyecto argentino de 1936.

La razón de ser de este último parágrafo de nuestro artículo es que la estimación dada a la cosa en el momento del préstamo, produce, como reza el art. 1339 del Código costarricense, el mismo efecto que una convención expresa, por la cual el comodatario tomara la cosa a su riesgo.

Viene esta norma de la Ley 5, parág. 3º del Digesto, libro XIII, Tít. VI, atribuída a Ulpiano, la cual reza: "Et si forte res aestimata data si omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit", o en romance: que si la cosa prestada ha sido dada con estimación, todas las pérdidas, cualquiera sea la manera como hayan ocurrido, son a cargo del que prometió restituir el valor. (ver: Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de L'Empereur Justinien, versión de Hulot, t. II, pág. 280).

Pocos textos habrán del Digesto que hayan suscitado más sutiles controversias entre los glosadores de los siglos XIV y XV, a propósito de aclarar si el comodatario que ha recibido una cosa prestada con estimación de su valor debe ser considerado como obligado por los riesgos de accidentes derivados de fuerza mayor, capaces de causar la pérdida o el deterioro de la cosa prestada.

Accursio, predecesor de Bartolo, estuvo por la afirmativa, salvo que el préstamo no hubiese sido hecho en el sólo interés del comodatario. Bartolo, seguido por Davezan y Domat, sostuvo igualmente la afirmativa, pero indistintamente o sea que siempre que el préstamo se haga con estimativa del valor de la cosa, el comodatario se obliga a todo riesgo, a restituir la cosa prestada, o su precio; de suerte que no pudiendo devolverla, por haberse perdido o por haber perecido por caso fortuito, debe la suma en la cual la cosa fue estimada.

Sostuvieron estos autores que la palabra periculum es en sí misma ambigua, y que si se la toma por el peligro ex casibus fortuitis proveniens, puede en algunos casos ser también tomada por el peligro ex culpa duntaxat proveniens; y agregaron que en el precitado texto de Ulpiano los términos omne periculum no pueden ser entendidos sino como peligro derivado de caso fortuito, porque Ulpiano, después de tratar en el parág. 2 de la extensión de la obligación del comodatario, no se refiere en el parág. 3 sino al caso del préstamo hecho con estimación de una cierta suma para observar que esta estimación no agrega alguna cosa a la extensión de la obligación del comodatario.

Ahora bien, a menos que no se entiendan los términos: omne periculum, como garantía del caso fortuito, la estimación no agrega nada a la obligación del comodatario, quien, sin ella, y por la sola naturaleza del contrato de comodato, está obligado por levíssima culpa, adeoque praestat omne periculum, solis fortuitis casibus exceptis.

Tal es el razonamiento de la glosa sobre este parágrafo.

A favor de esta doctrina se agrega, dice Pothier, que cuando en los contratos se da una cosa con estimación, el efecto de ésta es ut faciat venditionem, et periculum transferat in accipientem.

Mas Pothier, siguiendo la doctrina opuesta enseñada por Panormitano, Connanus, Zoezius, Brunneman y Guillermo Pronsteau, su profesor en la Universidad de Orleans, juzga que el comodatario no toma a su cargo, por la sola naturaleza del contrato, los casos fortuitos y de fuerza mayor que puedan causar la pérdida de la cosa prestada, para que se le pueda cargar con los riesgos de tales accidentes, menester es que se pruebe que él los tomó a su cargo. Ahora bien, la estimación que con ocasión del préstamo se hace de la cosa prestada, no es por sí sola capaz de probarlo, si las partes no se han explicado que esta estimación se hace para que el comodatario sea obligado a pagar al comodante el monto de su valor, cualquiera sea la causa que le impida devolver la cosa, porque la estimación no siempre se hace venditionis causa, et animo transferendi periculi in accipientem; en ocasiones también se la hace intertrimenti causa duntaxat, para estatuir que el que recibe la cosa con estimación, deba pagar en el caso en que por su culpa se ha deteriorado o perecido la cosa. Cabe, además, presumir que en los contratos que por su naturaleza no transfieren la propiedad, tales como la locación y el comodato, la estimación no se estipula venditionis causa, sino de la segunda manera o sea intertrimenti causa, de suerte que siendo incierta la presunción de cómo se obligaron las partes que no se han explicado sobre el punto, la sola estimación no puede probar que el comodatario ha tomado a su riesgo los accidentes de fuerza mayor; y si no se prueba que así lo hayan estipulado, mal puede cargársele con tales riesgos. (ver autor y opus cits. in Oeouvres, t. V, Nº 62, pág. 25).

Troplong que vino después, prestó su adhesión a la doctrina de Pothier (ver autor y opus cits. Nº 120 y 121, pág. 102 y ss.), e igualmente Zachariae, (t. V, parág. 724, texto y nota 6, pág. 460). Durantón (t. XVII, Nºs 552 y 553, pág. 610, 4ª edición) y Pont (Des Petit Contrats, t. I, Nº 97, pág. 43), inclinados ante la letra de la ley, enseñan que se haya o no convenido en la estimación de la cosa prestada, ella no confiere la propiedad de la cosa al comodatario, de suerte que no siendo alternativa la obligación contraída por éste, mal puede él retener la cosa y ofrecer en cambio el monto de la estimación; como en sentido inverso, no puede el comodante obligarle a guardar la cosa a cambio de pagarle el monto de la estimación.
Esta sólo tiene por objeto servir de base a la fijación de los daños y perjuicios que podrían ser debidos por el comodatario en el caso de pérdida o deterioro. Mas los autores posteriores han eludido tratar de estas controversias y se limitan a repetir el texto del art. 1883 del C. francés (ver: Aubry y Rau, t. VI, parágrafo 392, pág. 99; Wahl in Baudry Lacantinerie, De la Societé, Du Pret, Du Depot, Nº 639, pág. 385; Laurent, t. XXVI, Nº 475, pág. 484; Huc, Commentaire Theorique et Pratique du Code Civil, t. XI, Nº 161, pág. 212; Guillouard, Du Pret, Du Depot & du Sequestre, Nº 42, pág. 62; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 399, pág. 559, t. VII, Nº 849, pág. 155; Rouast, Savatier y Lepargneur, in Planiol y Riper, t. XI, Nº 1132, pág. 410; etc.).
Messineo llama al comodato con estimación de la cosa prestada "comodato irregular" en cuanto sin ser traslativo de dominio importa que la cosa debe ser restituída en su integridad (idem corpus), con todas las consecuencias inherentes a tal efecto, como la de soportar el riesgo, y pueden, en tales casos, ejecutarse con efecto liberatorio mediante la restitución del equivalente (tantundem). (t. IV, parágrafo 135, Nº 7, pág. 479). En el comodato irregular se transfiere el riesgo sin transferencia de la propiedad. El comodatario, mediante la estimación asume el riesgo del perecimiento de la cosa por caso fortuito. (t. VI, parág. 158, Nº 3, pág. 109).

Art. 1996. — El comodatario es igualmente responsable si la cosa perece por un caso fortuito al que podía sustraerla sustituyéndola por la cosa propia o si, pudiendo salvar una de las dos cosas, ha preferido la propia.

El comodatario que emplea la cosa para un uso diverso o por un tiempo más largo de aquel que le estaba consentido, es responsable de la pérdida ocurrida por causa no imputable a él, cuando no pruebe que la cosa habría perecido igualmente si no la hubiere empleado para uso diverso o la hubiese restituido a su debido tiempo.

Sobre el parág. 1º ver: arts. 1805 C. italiano; 1882 y 1881 C. francés; 1516 parág. 2º C. portugués; 1783 C. holandés; 2871 C. de Luisiana; 1245 C. boliviano; 1253 C. brasileño; 2269 C. argentino; 2222 inc. 3º C. uruguayo; 1727 inc. 2º C. venezolano; 2178 inc. 3º C. chileno; 2203 inc. 3º C. colombiano; 2201 inc. 3º C. ecuatoriano; 1941 C. guatemalteco; 2505 C. mexicano; 1596 C. peruano; 3430 C. nicaraguense; 1882 C. de la República Dominicana; 627 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2579 incs. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1935 del Anteproyecto de Bibiloni; (Troplong, opus cit. Nºs 113 a 118, pág. 96 y ss.; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 56, pág. 23; Aubry y Rau, t. VI, parág. 392, pág. 99, 5ª edición, etc.).
Sobre el parág. 2º de nuestro artículo, ver: arts. 1881 C. francés; 2870 C. de Luisiana; 1805 parág. 2º C. italiano; 1744 C. español; 1244 C. boliviano; 2222 inc. 2º C. uruguayo; 1727 inc. 1º C. venezolano; 2178 inc. 1º C. chileno; 2203 inc. 1º C. colombiano; 2201 inc. 1º C. ecuatoriano; 2504 C. mexicano; 1937 inc. 2º y 1938 C. guatemalteco; 1598 C. peruano; 1923 C. hondureño; 1881 C. de la República Dominicana; 626 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 306 C.F.S. de las Obligaciones; 602 y 603 C. alemán; 424 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 467 del Código Civil de la República de China; 2269 C. argentino; 1935 del Anteproyecto de Bibiloni (ver: Troplong, opus cit. Nºs 96 a 112, pág. 84 y ss.; Durantón, t. XVII, Nºs 517 y 518, pág. 598 y ss., 4ª edición; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. V, Nºs, 21 y 22, pág. 10; Zacrariae, t. IV, parág. 724, texto y notas 8 y 9, pág. 461 etc.).

Art. 1997. — El comodatario no tiene derecho al reembolso de los gastos soportados para servirse de la cosa.

Pero tiene derecho a ser reembolsado de los gastos extraordinarios soportados para la conservación de la cosa, si dichos gastos eran necesarios y urgentes.

Ver: art. 1808 C. italiano; 1886 y 1890 C. francés; 1787 C. holandés; 1875 C. de Luisiana; 1743 C. español; 1519 C. portugués; 1254 C. brasileño; 601 C. alemán 961 C. austriaco; 307 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2232 C. uruguayo; 1729 C. venezolano; 1937 inc. 3º C guatemalteco; 1595 inc. 3º C. peruano; 2508 C. mexicano; 3443 C. nicaraguense; 2282 C. argentino; 1922 C. hondureño; 1337 C. costarricense; 1886 C. de la República Dominicana; 4531 C. de Puerto Rico; 629 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 469 del C. Civil de la República de China; 425 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2582 inc. 2º y 2584 y 2586 del Esboço de T. de Freitas; 1946 del Anteproyecto de Bibiloni; 1194 del Proyecto argentino de 1936. (Troplong, opus cit. Nºs. 133 a 138, pág. 111 y ss.; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 81, pág. 33; Zachariae, t. IV, parág. 725, texto y nota 4, pág. 462 etc.).

Art. 1998. — El comodatario está obligado a restituir la cosa al vencimiento del término convenido o, en defecto de término cuando se haya servido de ella de conformidad con el contrato. La cosa debe ser restituída al comodante en el estado en que se halle, con todos sus frutos y accesiones, aunque hubiere sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario.

Pero si durante el tiempo convenido o antes de que el comodatario haya

dejado de servirse de la cosa, sobreviene una urgente e imprevista necesidad al comodante, podrá éste exigir su restitución inmediata.

Sobre el parágrafo 1º, ver. arts. 1809 C. italiano; 2271 C. argentino; 2180 C. chileno; 2575 del Esboço de T. de Freitas; 2205 C. colombiano; 2203 C. ecuatoriano; 2225 C. uruguayo; 1731 C. venezolano; 1937 inc. 4º C. guatemalteco; 1595 inc. 4º C. peruano; 1344 C. costarricense; 3432 C. nicaraguense; 604 C. alemán; 309 C.F.S. de las Obligaciones; 470 del C. Civil de la República de China; 427 parág. 1º del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1888 C. francés; 1789 C. holandés; 976 y 977 C. austriaco; 2877 C. de Luisiana; 1250 C. brasileño; 1749 C. español; 1511 C. portugués; 1250 C. boliviano; 2511 C. mexicano; 631 del del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1937 del Anteproyecto de Bibiloni; 1188 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parágrafo 2º ver: arts. 2284 C. argentino; 1889 C. francés; 1513 C. portugués; 2878 C. de Luisiana; 1749 parág. 2º C. español; 1251 C. boliviano; 1250 parág. 2º C. brasileño; 2180 inc. 2º C. chileno; 2205 inc. 2º C. colombiano; 2203 inc. 2º C. ecuatoriano; 2512 C. mexicano; 1593 C. peruano; 2234 C. uruguayo; 1732 C. venezolano; 1935 C. guatemalteco; 3445 C. nicaraguense; 1928 C. hondureño; 1341 inc. 4º C. costarricense; 1889 C. de la República Dominicana; 4551 C. de Puerto Rico; 605 inc. 1º C. alemán; 309 in fine C.F.S. de las Obligaciones; 472 inc. 1º C. Civil de la República de China; 427 in fine del parág. 2º del C. de las Obligaciones de Polonia; 632 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1948 del Anteproyecto de Bibiloni; 1196 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.
El parágrafo 1º del presente artículo establece la diferencia entre el comodato y el precario definido por Pothier como la convención por la cual, a ruego vuestro, os doy una cosa para que os sirvais de ella mientras yo lo quiera, y con la obligación de restituírmela a mi pedido. Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur tandiu quandiu is qui concessit.. L. 1. 1, de Prec.
El comodato, por el contrario, la cosa es prestada para un cierto uso determinado, o por un cierto tiempo; y su restitución no puede ser demandada sino sólo después de la expiración del plazo convenido, o necesario para que el comodatario pueda servirse de ella en el uso para el cual fue prestada. (ver autor y opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 87, pág. 35; Zachariae, parág. 723, texto y nota 6, pág. 458.

Art. 1999. — Si el préstamo fuere de precario, es decir, si no se hubiere pactado la duración del comodato ni del uso a que la cosa debía ser destinada, el comodatario está obligado a restituirla tan pronto como el comodante la reclame.

Ver: art. 2285 C. argentino; 1641 de Goyena, tomado de los arts. 974 y 975 del C. austriaco; 230 C. prusiano; 11 Bávaro. Sobre el concepto del precario ver el in fine de nuestra apostilla al artículo anterior.

Art. 2.000. — Si los herederos del comodatario, por no tener conocimiento del préstamo, hubieren enajenado la cosa prestada, podrá el comodante, en defecto o por ineficacia de la acción reivindicatoria, exigir de los herederos que le paguen el justo valor de la cosa prestada o que le cedan las acciones que en virtud de la enajenación les competan, según viere convenirle. Si tuvieron conocimiento del préstamo, resarcirán todo perjuicio y aún podrán ser perseguidos criminalmente según las circunstancias de los hechos.

Ver: arts. 2272 y 2273 C. argentino; 2187 C. chileno; 2212 C. colombiano; 2210 C. ecuatoriano; 2229 C. uruguayo; 3433 y 3434 C. nicaraguense; 1938 y 1919 del Anteproyecto de Bibiloni; 1189 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2001. — Si el comodatario no restituyere la cosa por haberse perdido por su culpa, o por la de sus agentes o dependientes, pagará al comodante el valor de ella. Si no la restituye por haberla destruído o disipado, incurrirá en abuso de confianza y podrá ser acusado criminalmente y demandado por indemnización de los daños e intereses.

Ver: arts. 2274 C. argentino; 2576 inc. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 3435 C. nicaraguense; 1940 del Anteproyecto de Bibiloni; 1190 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2002. — Si después de haber pagado el comodatario el valor de la cosa, la recuperare él o el comodante, no tendrá derecho para repetir el precio pagado y obligar al comodante a recibirla. Pero el comodante tendrá derecho a exigir la restitución de la cosa, y obligar al comodatario a recibir el precio pagado.

Ver: arts. 2275 C. argentino; 2576 parág. 3º y 2511 parág. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 2224 C. uruguayo; 3436 C. nicaraguense; 1941 del Anteprcyecto de Bibiloni 1190 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2003. — Si la cosa ha sido prestada por un incapaz de contratar, que usaba de ella con asentimiento de su representante legal, será válida su restitución al comodante incapaz.

Ver: art. 2276 C. argentino; 2181 inc. 2º C. chileno; 2206 C. colombiano; 2204 C. ecuatoriano; 3437 C. nicaraguense; 1942 del Anteproyecto de Bibiloni; 1191 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2004. — El comodatario no tendrá derecho a suspender la restitución de la cosa a pretexto de que ésta no pertenece al comodante, salvo que haya sido perdida o robada a su dueño.

Ver: arts. 2277 C. argentino; 2183 inc. 1º C. chileno; 2208 parág. 1º C. colombiano; 2206 parág. 1º C. ecuatoriano; 2227 parág. 1º C. uruguayo; 3438 C. nicaraguense; 1943 del Anteproyecto de Bibiloni; 1192 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2005. — Si se ha prestado una cosa robada o perdida, el comodatario que lo sabe y no lo denuncia al dueño, dándole un plazo razonable para reclamarla, es responsable de los perjuicios que, de la restitución al comodante, se sigan al dueño. Este tampoco podrá exigir la restitución sin el consentimiento del comodante, o sin decreto del juez.

Ver: arts. 2279 C. argentino; 2183 parág. 2º, 3º y 4º C. chileno; 2208 parág. 2º, 3º y 4º C. colombiano; 2206 parág. 2º, 3º y 4º C. ecuatoriano; 2227 parág. 2º y ss., C. uruguayo; 3440 C. nicaraguense; 1944 del Anteproyecto de Bibiloni; 1193 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2006. — El comodatario está obligado a suspender la restitución de toda especie de armas ofensivas, y de toda otra cosa de que sepa que se trata de hacer uso criminal; pero deberá ponerla a disposición del juez.

Ver: 2280 C. argentino; 2184 C. chileno; 2209; C. colombiano; 2207 C. ecuatoriano; 3441 C. nicaraguense; 1945 Anteproyecto de Bibiloni; 1188 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2007. — El comodatario no puede retener la cosa prestada por lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas.

Ver: arts. 2278 C. argentino; 1885 C. francés; 2874 C. de Luisiana; 1747 C. español; 1248 C. boliviano; 1786 C. holandés; 2226 C. uruguayo; 1945 C. guatemalteco; 2182 C. chileno; 2207 C. colombiano; 2205 C. ecuatoriano; 1338 parág. 2º C. costarricense; 3439 C. nicaraguense; 1926 C. hondureño; 1885 C. de la República Dominicana; 4535 C. de Puerto Rico; 1946 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1194 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2008. — El comodante debe dejar al comodatario o a sus herederos el uso de la cosa prestada, o hasta que el servicio para que se prestó fuere hecho. Esta obligación cesa respecto a los herederos del comodatario si el préstamo ha sido hecho sólo en consideración a la persona de éste, o si sólo el comodatario, por su profesión, podía usar de la cosa prestada.

Ver: arts. 2283 C. argentino; 1888 C. francés; 1789 C. holandés; 2877 C. de Luisiana; 1811 C. italiano; 1250 parág. 1º C. brasileño; 1749 parág. 1º C. español; 1250 C. boliviano; 2233 C. uruguayo; 2515 C. mexicano; 1341 inc. 1º, 2º y 3º C. costarricense; 3444 C. nicaraguense; 1928 C. hondureño; 1888 C. de la República Dominicana; 4551 parág. 1º C. de Puerto Rico; 631 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 604 y 605 inc. 3º C. alemán; 311 C.F.S. de las Obligaciones; 428 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 470 y 472 inc. 4º C. Civil de la República de China; 1947 del Anteproyecto de Bibiloni; 1195 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2009. — El comodante que conociendo los vicios o defectos ocultos de la cosa prestada, no previno de ellos al comodatario, responde a éste de los daños que por esa causa sufriere.

Ver: arts. 2286 C. argentino; 1891 C. francés; 1818 C. italiano; 1521 inc. 2º C. portugués; 1790 C. holandés; 2880 C. de Luisiana; 1253 C. boliviano; 2236 C. uruguayo; 1734 C. venezolano; 2192 C. chileno; 2217 C. colombiano; 2215 C. ecuatoriano; 2514 C. mexicano; 3447 C. nicaraguense; 1931 C. hondureño; 1342 C. costarricense; 1599 C. peruano; 1891 C. de la República Dominicana; 4554 C. de Puerto Rico; 635 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1950 del Anteproyecto de Bibiloni; 1195 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936. (Troplong, opus cit. Nºs. 163 a 168, pág. 130; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 84, pág. 34; Zachariae, t. IV, parág. 725, texto y notas 5 y 6, pág. 463; Duranton, t. XVII, Nº 549, pág. 622, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, parág. 393, texto y notas 3 y 4, pág. 100 y ss., 5ª edición, Pont, t. I, Nº 124 a 125, pág. 56 etc.).

Art. 2010. El comodante debe pagar las expensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservación de la cosa prestada, siempre que el comodatario lo ponga en su conocimiento antes de hacerlas, salvo que fueren tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro.

Ver: arts. 2287 C. argentino; 1890 C. francés; 2879 C. de Luisiana; 1521 inc. 1º C. portugués; 1751 C. español; 1252 C. boliviano; 1789 C. holandés; 981 C. austriaco; 2235 C. uruguayo; 1733 C. venezolano; 1934 inc. 3º C. guatemalteco; 1592 inc. 3º C. peruano; 2513 C. mexicano; 1337 primera parte C. costarricense; 2191 C. chileno; 2217 C. colombiano; 2215 C. ecuatoriano; 3448 C. nicaraguense; 1930 C. hondureño; 1890 C. de la República Dominicana; 4553 C. de Puerto Rico; 634 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1951 del Anteproyecto de Bibiloni; 1195 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

TITULO XXXVIII

Del mutuo o préstamo de consumo

Art. 2011. — Habrá mutuo o préstamo de consumo cuando una parte entregue a la otra una cantidad de dinero o de otras cosas fungibles que esta última está autorizada a consumir pero con la obligación de restituirla en igual cantidad, especie y calidad al vencimiento del plazo estipulado.

Ver: arts. 2240 C. argentino; 1892 C. francés; 1813 C. italiano; 1507 segunda parte C. portugués; 1753 C. español; 2881 C. de Luisiana; 1791 C. holandés; 983 C. austriaco; 607 C. alemán; 312 C.F.S. de las Obligaciones; 474 C. Civil de la República de China; 430 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1254 C. boliviano; 1256 C. brasileño; 2197 C. uruguayo; 1735 C. venezolano; 2196 C. chileno; 2221 C. colombiano; 2219 C. ecuatoriano; 1573 C. peruano; 2384 C. mexicano; 3390 C. nicaraguense; 1932 C. hondureño; 1892 C. de la República Dominicana; 4571 C. de Puerto Rico; 636 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2206 del Esboço de T. de Freitas; 1952 del Anteproyecto de Bibiloni, 1197 del Proyecto argentino de 1936.

La definición del presente artículo es con pequeñas variantes de forma lo estatuido por el art. 2240 del C. argentino, que no pasa de ser una versión al romance del art. 1892 del C. francés, cuyos compiladores tuvieron el acierto de evitar la fraseología de Pothier, quien al definir este contrato enseña que "es aquel por el cual uno de los contratantes da y transfiere la propiedad de una suma de dinero, o de una cierta cantidad de otras cosas que se consumen por el uso, al otro contratante, quien se obliga a restituirle otro tanto (autor y opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 1, pág. 39). Aubry y Rau tienen por defectuosa esta definición, porque si de ordinario el préstamo de consumo tiene por objeto una cierta cantidad de cosas, puede sin embargo tener por objeto una cosa determinada que el mutuario está autorizado a consumir (ver t. VI, parág. 394, texto y nota 2, pág. 102, 5ª edición).

Los compiladores del C. alemán de la 2ª comisión, discrepante con la 1ª, no creyeron esencial a la definición del mutuo la expresión de que por este contrato se transmite la propiedad, porque existen operaciones, como las transferencias de cuentas, hechas sin tradición del dominio de la suma de que se trata (ver: Bufnoir, Challamel, Saleilles y otros, Code Civil Allemand, t. II, nota al art. 607, pág. 128).

Art. 2012. — Las sumas o las cantidades dadas por el mutuante pasan a ser de la propiedad del mutuario para quien perecen de cualquier manera que se pierdan.

Ver: arts. 2245 C. argentino; 1893 C. francés; 1814 C. italiano; 1523 C. portugués; 1792 C. holandés; 2882 C. de Luisiana; 1753 C. español; 1255 C. boliviano; 312 C.F.S. de las Obligaciones; 2384 C. mexicano; 2198 C. uruguayo; 1736 C. venezolano; 1577 C. peruano; 1907 C. guatemalteco; 2197 C. chileno; 2222 C. colombiano; 2220 C. ecuatoriano; 3392 y 3395 C. nicaraguense; 1392 C. hondureño; 1343 C. costarricense; 1893 C. de la República Dominicana; 4571 C. de Puerto Rico; 474 C. de la República de China; 637 del Proyecto franco-italiano del C. de las Obligaciones y los Contratos; 1955 del Anteproyecto de Bibiloni; 1197 del Proyecto argentino de 1936.

La razón de ser del presente artículo es que si el mutuo es de sumas de dinero, éstas se confunden, como fungibles que son, con las del mutuario, y si se trata de cantidades de cosas también fungibles, ocurre otro tanto, de suerte que si ellas perecen, aunque sea por caso fortuito, la obligación de restituirlas al mutuante es inexcusable so color de imposibilidad, porque **genus nunquam perit**, como está dispuesto por el art. 899 del presente Código. Así lo entendió Paulo al estatuir por la Ley 2 del Digesto, Lib. XII, Tít. I que: **Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio**", o en romance: "el préstamo, mutui datio, trae su etimología de que la cosa mía prestada pasa a ser vuestra. Así, si el dominio no es transferido al mutuario, la obligación de prestar no es contratada". Formalista el Derecho romano, no admitía que por el pacto desnudo quedase obligado el prometiente, si no es seguido de la tradición, porque si la cosa perece antes de la tradición, perece para su dueño, el prometiente. Viene de aquí que Cujas haya dicho que **Mutuum est species alienationis**".

En esto consiste, dice Troplong, la diferencia entre el mutuo y la locación. En este contrato, el locatario usa la cosa que pertenece a otro, al paso que en el mutuo el mutuario, dueño de la cosa que se le ha prestado, usa de lo suyo (ver autor y opus cits. Nº 186, pág. 149).

Art. 2013. — La mera promesa de mutuo será obligatoria para ambos contratantes, cuando fuere a título oneroso, y sólo para el prometiente en caso de serlo a título gratuito.

El autor de la oferta podrá revocarla y negarse a la entrega, si quien debiera recibir la cosa experimentare una disminución de responsabilidad que pusiere en riesgo su reintegro. Si tal situación ya existía al convenirse la promesa, tendrá el mismo derecho, siempre que entonces lo hubiere ignorado.

Sobre el parág. 1º, ver; arts. 2244 C. argentino; 2226 incisos 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas. Ejemplificando Font la hipótesis de obligatoriedad alcanzada por una promesa de préstamo, supone la que con frecuencia se ofrece con el nombre de crédito o apertura de crédito en las relaciones bancarias. Así, teniendo una persona que partir de viaje a otra ciudad del extranjero sin saber la duración de su estada en ella, y no queriendo llevar consigo una importante suma de moneda de dicho país que bien podría no ser corriente en otros países que también esperaba visitar, ni estar cierto de gastarla toda entera en aquella ciudad, se dirige a un banquero de su domicilio y le ruega que le otorgue una carta de crédito hasta el monto de una cierta suma, a cargo de un banquero de la ciudad de su destino. Si el banquero de su domicilio consiente en otorgarle la carta de crédito, y el banquero de la ciudad del extranjero a donde se propone ir

consiente en descontarla, habrá de parte de ésta una promesa obligatoria de crédito que deberá cumplir si el portador de la letra se lo pide, por el total de la suma aceptada. Mas la convención no pasará al estado de préstamo sino cuando éste haga uso del crédito y sólo en la medida que lo haga. El contrato de préstamo se perfeccionará, dice nuestro autor, por la computación de las monedas, por el pago en efectivo hecha en manos del tenedor de la carta de crédito, y dará nacimiento a las obligaciones de él resultantes. (ver autor cit. Des Petits Contrats, t. I, Nº 137, pág. 63).
Freitas, inspirado sin duda por Pont, estatuyó por el parágrafo 2º del art. 2226 de su Esboço que: "La promesa aceptada de hacer un empréstito oneroso, que no fuere cumplida por el prometiente, dará derecho a la otra parte para demandarlo por indemnización de pérdidas e intereses".
Y en el in fine agrega: "La apertura de crédito por un comerciante, dará derecho recíproco a la indemnización de pérdidas e intereses, si cada una de las partes dejare de cumplir el contrato". Bien se ve así, cuál sea la fuente del art. 2244 del C. argentino, siquiera Vélez Sarsfield no le cite a T. de Freitas en la nota. El mutuo oneroso es un contrato sinalagmático perfecto, el que, como tal confiere acción para exigir su cumplimiento. En cambio, el mutuo gratuito es unilateral. El único obligado es el mutuario, pero sin acción de su parte contra el mutuante para constreñirle a cumplir su promesa.
Sobre la segunda parte de nuestro artículo, ver: art. 1822 C. italiano; 610 C. alemán; 316 C.F.S. de las Obligaciones; 432 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1954 del Anteproyecto de Bibiloni; 1193 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.
El art. 610 del C. alemán, fuente mediata del presente artículo, reposa sobre el mismo principio del consagrado por su art. 321, según el cual: **"Cuando cualquiera esté obligado a prestar inmediatamente en virtud de un contrato sinalagmático, y después de la conclusión del contrato sobrevenga en la fortuna y posición de la otra parte un cambio tal que comprometería el derecho a la contraprestación, podrá negarse a hacer la prestación que le incumbe hasta que se haga la contraprestación o se le den suficientes seguridades".**
Consiste la diferencia entre ambos preceptos en que mientras este último es una regla de derecho dispositivo, el art. 610 consagra una regla de interpretación del contrato de préstamo.

Art. 2014. — Entre las partes, el mutuo puede ser contratado verbalmente; mas su prueba se regirá por las disposiciones generales relativas a los contratos.

Ver: art. 1956 del Anteproyecto de Bibiloni; 1199 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936. Queda así modificado el art. 2246 del C. argentino, directamente tresegado del 2217 del Esboço de T. de Freitas, por las razones expuestas por Bibiloni en su apostilla al art. 1956 de su Anteproyecto, que compartimos. La verdad es que siendo el mutuo un contrato real que se perfecciona por la entrega de la suma o de las cantidades de cosas fungibles prestadas, no hará falta más evidencia que la propia entrega de allas en las relaciones entre partes. El art. 2246 del C. argentino exige la prueba escrita, sea por instrumento público o privado de fecha cierta, si el empréstito pasa de doscientos pesos, se entiende que respecto de terceros. Ocioso es que la ley subordine a tales requisitos la prueba del mutuo, porque en el caso de concurso del deudor, los terceros tendrían el perfecto derecho de negarse a reconocer los créditos provenientes de mutuo no acreditados por instrumento, siquiera privado, pero de fecha cierta.

Art. 2015. — Salvo pacto en contrario, el mutuario debe abonar intereses al mutuante. No estipulándose la tasa del interés, se estará a lo dispuesto en el art. 953 parágrafo 1º. Si se estipularen intereses superiores a la tasa legal, serán reducidos a la medida de éstos.

Ver: arts. 1815 C. italiano. Este artículo representa una importante innovación del Código de 1942, según el cual, contrariamente a la doctrina tradicional, si el mutuo puede ser gratuito, lo será si las partes convienen en ello. Si omiten o callan acerca de la deuda de intereses, la ley suple el silencio de las partes, al estatuir que el mutuario los debe al mutuante, y debe los intereses legales que por el presente Código son los que cobran los Institutos de crédito, como son los Bancos públicos. Si las partes convienen en pagar una tasa superior o sea una tasa usuaria, sencillamente se la reduce, sin anular todo el acto. Tal es la doctrina que informa el art. 1419 del C. italiano sobre nulidad parcial de los contratos.
Dada la unificación interna de nuestro Derecho privado dentro del presente Código juzgamos llegada la hora de cerrar el debate doctrinal acerca de saber si el préstamo comercial se presume o no oneroso; y de distinguir cuándo es comercial para el prestamista y civil para el prestatario, siquiera a ambos haya de aplicarse la ley mercantil, lo que sabe a un privilegio injusto; o cuándo es comercial para ambas partes, por aplicación del art. 558 de nuestro C. de Comercio.
El préstamo gratuito que en el Derecho tradicional es la regla, ahora pasa a ser la excepción. La regla es el mutuo oneroso, porque no se comprende que fuera de las relaciones de amistad íntima o parentesco muy próximo, haya mutuante dispuesto a dar dinero prestado sin interés, cualquiera sea la doctrina concebida para justificarlo, sea ella moral, económica o jurídica (ver: Luis Muñoz, Derecho Comercial — Contratos, t. III, nº 519, pág. 39 y ss; Messineo, opus cit. t. VI, parág. 158, nº 10, pág. 114; Grandi, opus cit. nº 735, pág. 495).
En contra: arts. 2248 y 622 argentino; 2219 del Esboco de T. de Freitas; 1905 C. francés; 2894 C. de Luisiana; 1755 C. español; 1264 C. boliviano; 608 C. civil alemán; 354 parág. 2 C. alemán de comercio; 313 C. F. S. de las Obligaciones; 1262 C. brasileño; 2205 C. chileno; 2230 C. colombiano; 228 C. ecuatoriano; 2205 C. uruguayo; 1745 C. venezolano; 1921 C. guatemalteco; 2373 C. mexicano; 706 C. costarricense; 1508 C. portugués; 476 y 477 C. de la República de China; 86 y 440 parág. 2º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 642 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 1985 C. de la República Dominicana; 4573 C. de Puerto Rico; 1958 del Anteproyecto de Bibiloni; 1199 del Proyecto argentino de 1936. Los arts. 560 y 737 de nuestro C. de Comercio tampoco preceptúan la onerosidad del mutuo, porque estatuyen que no estipulándose intereses en el contrato, sólo corren éstos desde la constitución en mora del deudor o sea desde el día de la demanda.
A los que observen de singular la reforma introducida por el presente artículo en relación al derecho uniforme sobre la presunción de gratuidad del mutuo, sólo cabe recomendarles, por ahora, que esperen algún tiempo para asistir a la revisión general de los viejos Códigos, tanto Sud-americanos, como de la Europa occidental, directamente inspirados en el Código francés, lleno de injertos y parches impuestos por su vetustez e inadecuación a las necesidades nuevas de la vida social.

Art. 2016 — El mutuario debe restituir al mutuante, en el término convenido, una cantidad de cosas iguales de la misma especie y calidad de las recibidas. El término para la restitución se presume estipulado a fa-

vor de ambas partes, y, si el mutuo es a título gratuito, a favor del mutuario.

Sobre el parág. 1º ver: 2250, 2240 y 570 C. argentino; 1902 C. francés; 1529 primera parte C. portugués; 1800 C holandés; 2891 C. de Luisiana; 1261 C. boliviano; 2200 C. chileno; 2225 C. colombiano; 2223 C. ecuatoriano; 2202 parág. 1º C. uruguayo; 1744 C. venezolano; 1915 C. guatemalteco; 2385 C. mexicano; 1344 C. costarricense; 1264 C. brasileño; 3404 C. nicaraguense; 1934 C. hondureño; 1902 C. de la República Dominicana; 4572 C. de Puerto Rico; 478 primera parte C. de la República de China; 439 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 609 C. alemán; 318 C. F. S. de las Obligaciones; 638 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1950 del Anteproyecto de Bibiloni; 1200 del Proyecto argentino de 1936. Sobre el parágrafo 2º ver: 1315 del C. italiano; 570 C. argentino; 1127 C. español; 1436 C. uruguayo; 1899 C. nicaraguense; 1389 C. hondureño; y 628 del presente Código.

Art. 2017 — Si no se ha fijado un término para la restitución, éste será establecido por el Juez, teniendo en consideración las circunstancias del caso.
Si se ha convenido que el mutuario pague cuando pueda, el término para el pago será igualmente fijado por el juez en juicio breve y sumario.

Ver: arts. 1817 C. italiano; 618 y 751 C. argentino; 1900 C. francés; 1797 C. holandés; 2888 parág. 2º C. de Luisiana; 1128 C. español; 1440 C. uruguayo; 1744 C. venezolano; 1913 C. guatemalteco; 2080 y 2391 C. mexicano; 2200 y 2201 C. chileno; 2223 y 2224 C. ecuatoriano; 1578 C. peruano; 3409 C. nicaraguense; 1390 y 1935 C. hondureño; 638 parágs. 2º y 3º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 609 parág. 2º C. alemán; 318 C.F.S. de las Obligaciones; 439 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 478 C. de la República de China.

Art. 2018 — Cuando no sea posible restituir otro tanto de la misma especie y calidad de lo recibido, que no sea dinero, o sea notablemente difícil restituirlo por causa no imputable al deudor, deberá éste pagar su valor, teniendo en consideración el valor que tenía la cosa prestada en el lugar y tiempo en que deba hacerse su restitución.

Ver: arts. 2251 C. argentino; 1903 C. francés; 1818 C. italiano; 1529 y 1530 C. portugués; 1801 C. holandés; 2892 C. de Luisiana; 1647 de Goyena; 1262 C. boliviano; 2201 C. uruguayo; 1744 segunda parte C. venezolano; 1917 C. guatemalteco; 1579 C. peruano; 2198 C. chileno; 2223 C. colombiano; 2221 C. ecuatoriano; 1346 C. costarricense; 3405 C. nicaraguense; 1934 C. hondureño; 1903 C. de la República Dominicana; 4572 parág. 2º C. de Puerto Rico; 479 C. de la República Dominicana; 4572 parág. 2º de Puerto Rico; 479 C. de la República de China; 639 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1961 del Anteproyecto de Bibiloni; 1200 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2019 — Si la restitución que debe hacer el mutuario consistiese en el pago de una suma de dinero, sus obligaciones se regirán por los arts. 948 a 955.

Ver: arts. 2252 C. argentino; 1962 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1200 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2020 — Si se ha convenido la restitución por cuotas de las cosas dadas en mutuo y el mutuario no cumpliere la obligación de pago aunque sea de una sola cuota, podrá el mutuante pedir, según las circunstancias, la inmediata restitución de la totalidad.

Ver: artº 1819 C. italiano. Por este precepto se autoriza la resolución del contrato por falta de pago de una sola cuota de las partes o porciones en que la prestación se halle dividida a los efectos del pago. Más el juez, debe ante todo examinar las circunstancias que impidan al deudor a cumplir dicha cuota (ver: Messineo, t. VI, parág. 158, nº 13, B), pág. 117).

Art. 2021 — Si el mutuario no cumple la obligación del pago de los intereses, el mutuante puede pedir la resolución del contrato.

Ver: art. 1820 C. italiano. Este es el segundo caso en el cual la ley autoriza la rescisión del mutuo, dado el carácter oneroso del contrato. Es lo propio de los contratos sinalagmáticos. Dado que el incumplimiento de la cuota pudiera provenir de imposibilidad, vendría este caso situado en la previsión del parág. 2º de nuestro art. 1053. Ocioso es que para evitar dificultades convengan expresamente en sus contratos de mutuo oneroso lo estatuido por el artículo en examen. (Ver: Grandi, opus cit. nº 735, pág. 495 y ss.).

Art. 2022 — El mutuante es responsable del daño ocasionado al mutuario por los vicios de las cosas dadas en préstamo, si no prueba haberlos ignorado sin culpa suya.
Si el mutuo es gratuito, el mutuante es responsable sólo en los casos en que, conociendo los vicios, no había advertido de ello al mutuario.

Ver: art. 1821 C. italiano. Ver: Missineo, t. VI, parág. 158, nº 14, pág. 118.

TITULO IXL

DE LA CUENTA CORRIENTE

Art. 2023 — La cuenta corriente es un contrato consensual, sinalagmático, a título oneroso y conmutativo formado expresa o tácitamente entre dos corresponsales por el cual ambos se obligan a anotar en una cuenta los créditos derivados de recíprocas remesas, considerándolos inejecutables e indisponibles hasta el cierre de la cuenta.

El saldo de la cuenta es exigible al vencimiento establecido. Si no se exige el pago, el saldo se considera como primera remesa de una cuenta nueva y el contrato se entiende renovado por tiempo indeterminado.

Ver: art. 1823 C. italiano; 771 C. de Comercio argentino y paraguayo; 345 del C. italiano de comercio ya abrogado; 344 C. portugués de Comercio; 370 del C. rumano de comercio; 602 C. chileno de comercio, fuente directa e inmediata del 771 del C. argentino de comercio.

Al optar por la definición del art. 1823 del C. italiano en vez del 602 del C. chileno de comercio, atribuído, según Segovia, a la colaboración de Courcelle-Seneuil (ver autor cit. t. II, nota nº 2259, pág. 286), nos acercamos a la definición de Lyon-Caen & Renault (t. IV, nº 794), la que, por su sencillez y claridad se aproxima a aquella por varias tangencias. Las definiciones no faltan (ver: Pardessus; t. I, nº 475, pág. 562; Delamarre et Lepoitvin, t. III, nº 317, pág. 425; Alauzet, t. I, nº 75, pág. 132; Bravard-Veyrieres, t. II, nº 2, pág. 481; Thaller, nº 1637 bis, pág. 947 etc.).

Tan numerosas, como son, las observaciones críticas que los tratadistas argentinos han hecho al art. 771 de su Código de comercio, se explica que su interpretación haya dado lugar a discrepancias fundamentales, como por ejemplo la derivada de la cuestión de saber si lo característico de este contrato es la **transmisión en propiedad de los valores que recibe** (arts. 771, 777 inc. 1º y 779), como enseña Malagarriga (Tratado Elemental, t. II, pág. 411), lo niegan respecto de los valores, Segovia (nota 2576), Mario A. Rivarola, Tratado de Derecho Comercial, t. IV, nº 1221, pág. 538 y ss.) y Raymundo L. Fernández (Código de Comercio Comentado, t. III pág. 433); y otro tanto sobre el problema relativo a la naturaleza del contrato, **real de tracto sucesivo**, en lo que atañe a las recíprocas remesas, según Segovia (notas 2559 y 2561), siquiera admitiendo la consensualidad del contrato preliminar; Obarrio (Curso de Derecho Comercial t. II, nº 339, pág. 482); Malagarriga (t. V, nº 129), y el propio Rivarola (opus cit. t. IV, nº 1222, pág. 543), todos fundados en el texto de la ley; y **consensual** según R. L. Fernández (opus cit. t. III, pág. 430), al parecer últimamente seguido por Luis Muñoz (opus cit. t. III, pág. 139, reducido a la mera transcripción de su opinión).

Cuando a tales divergencias da lugar la interpretación de la ley, se comprenderá que el foro se halle expuesto a penosas confusiones y desinteligencias de doctrina, con grave riesgo de perjudicar los intereses comprometidos en sus bizantinos debates. A evitar esta peligrosa logomaquia mira la adopción del modelo que nos ofrece el art. 1823 del C. Civil italiano de 1942, obra de eminentes juristas, al que nos permitimos agregar:

1º que este contrato es **consensual**, perfeccionado por el mero consentimiento de las partes, por mucho que el funcionamiento de la cuenta corriente no pueda iniciarse mientras un crédito no haya sido remitido por una de las partes de la otra, porque como enseña Lyon-Caen & Renault, la remisión del crédito implica precisamente la preexistencia del contrato de cuenta corriente (t. IV, nº 797, pág. 675), y entre los autores argentinos, así lo entiende el propio Segovia, respecto de la convención preliminar (nota 2559), desde que los contratos no nacen de simples hechos, sino del consentimiento, verdadero, tácito o presunto; y R. L. Fernández, (opus cit. t. III, pág. 430).

Explicando Messineo la fuente de nuestro artículo enseña que es conjunto de hechos generadores de relaciones de carácter continuado de negocios, o más exactamente de créditos, nacidos a su vez de relaciones de depósito, de mandato para el cobro, de comisión, de mutuo, de venta, etc., constituye el presupuesto para que se establezca entre las partes, una relación jurídica de cuenta corriente que, sin embargo, debe regularse mediante contrato especial (denominado **normativo**), por tiempo indeterminado o por tiempo determinado (ver autor y opus cit. t. VI, parág. 158, nº 19, pág. 120).

2º Que es **sinalagmático**, porque aun cuando sea cuenta simple o de gestión (art. 772 de nuestro C. de Comercio), implica siempre obligaciones recíprocas.

3º Que es **oneroso**, porque las partes del contrato no obran con intención liberal.

4º Que es **conmutativo**, porque cada correntista recibe un crédito a cambio del valor que él ha remitido.

5º que es **formado expresa o tácitamente**, porque consistiendo el esquema de este contrato un estado del débito y el crédito correlativo de los corresponsales, bastará que cada uno de ellos lleve una contabilidad especial para consignar en sus asientos todas las operaciones que se traduzcan en la remisión de créditos sujetos a liquidarse al cierre de la cuenta, para que tácitamente se forme el contrato. Fuera de esta hipótesis, pueden las partes ajustar una convención preliminar por la que sus efectos sean disciplinados con arreglo a las estipulaciones del acto.

Agrega nuestro artículo que los créditos derivados de recíprocas remesas, son, por virtud del contrato, **inejecutables e indisponibles hasta el cierre de la cuenta**, lo que significa a juicio de Messineo una **prórroga automática** de la obligación de cumplimiento; a favor de la cual se realiza el mismo resultado práctico que surge, para el deudor, del **pactum de non petendo intra certum tempus** (pacto de no pedir) empleado lo mismo en la obligación cambiaria, en la obligación solidaria y en el depósito pecuniario. (autor y opus cits. t, VI, parág. 158, Nº 19, pág. 120, y t. IV, parág. 112, Nº 10, pág. 220).

"Sin embargo, —agrega nuestro autor— las remesas mantienen el carácter de **derechos autónomos de crédito**, con exclusión de la novación. De aquí, que corran los intereses activos a favor del remitente y la posibilidad de que el titular del mismo ejerza, frente al cuenta-correntista-deudor, o bien frente al tercero deudor, las acciones y las excepciones relativas al acto de que el crédito deriva; con que se evidencia el carácter autónomo de cada crédito."

"La exigibilidad y la disponibilidad que faltan en las remesas inscriptas en la cuenta, reaparecen en el saldo, o sea, en la eventual diferencia resultante de la compensación entre las remesas (asientos activos) y los asientos pasivos, que se liquida al cierre de la cuenta. La cual tiene lugar al vencimiento establecido en el contrato, por los usos, o en su defecto, al término de cada semestre computable desde la fecha del contrato. El saldo es exigible y disponible, a menos que no siendo requerido su pago, vaya a constituir la primera remesa de un nuevo contrato de cuenta corriente, o de una nueva fase de la cuenta corriente. En la primera hipótesis, el viejo contrato se entiende tácitamente renovado por tiempo indeterminado. La se-

gunda hipótesis supone el cierre periódico de la cuenta, en cuanto el contrato es, o puede ser, por tiempo determinado.
"De todo lo antedicho se infiere, que las remesas son —o pueden ser— recíprocas; esto, en el sentido de que cada uno de los cuenta-correntistas tiene la facultad de hacerlo.
Otro de los elementos peculiares del contrato es la compensabilidad de los créditos; la cual permite la elisión de las deudas, hasta la concurrencia de los créditos de la misma parte contraactual. Tan peculiar es la compensabilidad que la propia ley excluye de la cuenta corriente los créditos no suceptibles de compensación. Esta concepción dogmática de la cuenta corriente es punto que la misma explicada por Raymundo L. Fernández en el t. III, págs. 430 y 431 de su obra.

Art. 2024 — Son excluídos de la cuenta corriente los créditos que no son suceptibles de compensación.

Cuando el contrato tenga lugar entre empresarios, se entienden excluídos de la cuenta los créditos extraños a las respectivas empresas.

Ver: art. 1824 C. italiano; 780 de nuestro C. de Comercio. La razón de este precepto se halla expresada en el in fine del art. 771 de nuestro Código de Comercio, según el cual es de la esencia de la cuenta corriente que el correntista que recibe de su corresponsal cantidades de dinero o valores, sin aplicación a empleo determinado, ni obligación de tener a su orden una cantidad o valor equivalente, debe acreditar tales remesas al remitente con cargo de liquidarlas en las épocas convenidas, compensarlas de una sola vez hasta la concurrencia del débito y crédito y pagar el saldo; para todo lo cual será menester que las respectivas deudas reunan los requisitos de nuestro art. 875 o sea que ambas sean civilmente subsistentes, liquidas y exigibles, de plazo vencido, y si fuesen condicionales que se halle cumplida la condición, cualquiera sea el título (o causa) de la una u otra deuda (art. 881), salvo pacto en contrario (art. 868). Siendo así, como lo es, ocioso es que las sumas o valores afectados a un empleo determinado, o que deban tenerse a la orden del remitente, son inhábiles para la compensación, y, por tanto excluídos por extraños de la cuenta corriente, tal, como sin necesidad, lo vuelve a estatuir, aunque con otras palabras, el art. 780 de nuestro C. de comercio. Bien dice Raymundo L. Fernández al pie de este artículo que es un precepto innecesario (ver autor y opus cits. t. III, pág. 471).

Art. 2025 — Sobre las sumas o valores remesados corren los intereses estipulados en el contrato, o en su defecto, el interés corrientes que cobran los Bancos públicos.

Ver: art. 1825 C. italiano; 777 inc. 4º de nuestro C. de comercio. Las sumas o valores remesados no pueden permanecer improductivos. Tal es la razón de nuestro artículo. Los intereses deben calcularse por días, computados desde la fecha del cobro de la suma (ver: Segovia, t. II, nota 2580, pág. 292).
No hace falta decir que la cuenta corriente es onerosa porque es comercial, como se lee en las obras de todos los tratadistas del Derecho Mercantil, pues, dada la libertad contractual, nada impide que los correntistas, aun sin ser comerciantes, ni comercial sus operaciones, estipulen intereses, sean iguales para ambas partes, o desiguales, y también su tasa. Los intereses legales que son los que en defecto del interés convencional deben cargarse, son por este Código los corrientes que cobran los Bancos públicos. Ellos corren desde que el crédito queda incluído en la cuenta o sea desde que son exigibles (ver R. L. Fernández, opus cit. t. III, pág. 459; Obarrio, t. II, nº 357, pág. 497; Malagarriga, Código de Comercio Comentado, t. V, pág. 132; Lyon-Caen y Renault, t. IV, nº 483, pág. 712; Rivarola, t. IV, nº 1230, pág. 561; Delamarre y Leopoitvin, t. III, nº 337, pág. 445; Alauzet, t. I, ns. 87 y 88, pág. 155 y ss.; Bravard-Veyrieres, t. II, pág. 495; Thaller, ns. 1658 y 1669 bis, pág. 958 y ss. etc.).

Art. 2026 — La existencia de la cuenta corriente no excluye los derechos de comisión y el reembolso de los gastos por las operaciones que dan lugar a la remesa. Tales derechos son incluídos en la cuenta, salvo convención en contrario.

Ver: arts. 1826 C. italiano; 778 de nuestro C. de Comercio. Esta disposición, dice Segovia, arguye que los negocios se realizan por cuenta del comitente y que no son propios del receptor, que sólo desempeña una comisión. En la práctica la comisión se cobra sobre todas las partidas y aun sobre el saldo. Cuando el saldo definitivo pasa a nueva cuenta puede cobrarse segunda vez comisión sobre el mismo, más no tratándose de saldo parcial; porque en éste último no existe ni nueva cuenta ni nueva remesa y se vendría a cobrar doble comisión sobre una misma suma (ver autor y opus cit. t. II, nota 2583, pág. 293; Obarrio, t. II, nº 358, pág. 499; Malagarriga, opus cit. t. V, pág. 137; R. L. Fernández, t. III, pag. 460; Luis Muñoz, opus cit. t. III, nº 580, pág. 173; Lyon-Caen y Renault, t. IV, Ns. 846 y 847, pág. 716; Alauzet, t. I, pág. 158, pero sólo respecto de la comisión en la cuenta corriente bancaria).

Art. 2027 — La inclusión de un crédito en la cuenta corriente no excluye el ejercicio de las acciones y excepciones relativas al acto del que el crédito deriva.
Si el acto es declarado nulo o anulado, rescindido o resuelto, la partida respectiva se elimina de la cuenta.

Ver: art. 1827 C. italiano; 779 parág. 2º de nuestro C. de Comercio, según el cual: "Si el remitente es declarado en quiebra antes de la realización de los valores remitidos en cuenta corriente, el que los reciba puede anular el crédito que había abierto, y acreditar los valores entrados en caja, y los gastos legítimos y de protesto que haya sido obligado a ejecutar, cerrando la cuenta corriente, para establecer las relaciones jurídicas de deudor y acreedor".
Salvando lo sibilino de la frase: "acreditan los valores entrados en caja", incompatible con la anulación del crédito abierto, observado, como dos operaciones incongruentes por Segovia (t. II, nota 2587, pág. 294), este segundo parágrafo del art. 779 de nuestro Código de Comercio nos ofrece una hipótesis de anulación de la inclusión de un crédito en la cuenta corriente llevada por el que lo recibe, pero antes de su realización, a raíz de la quiebra del remitente.

Bien dice el propio Segovia en la nota 2576 que "no se ve cómo un comerciante esté obligado a aceptar toda clase de cosas, como propias, y quedar desde luego como responsable de su precio con los intereses. En cuanto a un título de crédito, no es admisible que el receptor se debite su importe desde luego y pague intereses, para acreditarse el importe, cuando cobre".
Mas nuestro artículo contempla especialmente la acción de nulidad que el propio remitente puede ejercer contra el deudor del crédito remesado, pero no cobrado, por nulidad del acto del cual dicho crédito deriva. -El vendedor de una cosa pudo haber sido víctima de error o dolo al fiarse del comprador que a cuenta del precio le entregó un pagaré o una letra de cambio, que aquél en la ignorancia del vicio que padeció al consentir, remitió a su corresponsal para que lo cobre e incluya en la cuenta corriente. Apercibido de su error, el vendedor podría demandar la anulación de la venta contra el comprador, caso en el cual, declarada la nulidad del acto, el crédito sería excluído de la cuenta corriente del receptor. Queda así evidenciado que no obstante la remesa de ese valor se mantiene autónomo el derecho de crédito de que se trata.

Art. 2028 — Si el crédito incluído en la cuenta está protegido por una garantía real o personal, el cuenta correntista tiene derecho a valerse de la garantía por el saldo existente a su favor al cierre de la cuenta y hasta la concurrencia del crédito garantizado.
La misma disposición se aplica al crédito si existe un coobligado solidario.

Ver: art. 1828 C. italiano. Aunque sin correspondencia este artículo en nuestro C. de Comercio, es explicable al favor de su art. 777 Inc. 1º según el cual es de la naturaleza de la cuenta corriente: "Que los valores y efectos remitidos se transfieran en propiedad al que los recibe', incluso la garantía real o personal que los proteja, como accesorios que son, pero bajo la condición de que hayan tenido entrada en caja, como reza el art. 779, salvo pacto en contrario.
Explícase así que el cuentacorrentista que recibe el crédito garantizado por un aval o una hipoteca, pueda hacer valer, a la clausura de la cuenta, dichas garantías, hasta la concurrencia del crédito garantizado (Messineo, t. VI, parág. 158, nº 20, b), pág. 122).
La garantía real o personal y la obligación solidaria inherente a la relación garantizada, dice a este propósito Grendi, en la exposición de motivos, permanece firme por la duración de la cuenta corriente y se transfieren a favor del saldo hasta la concurrencia del importe del crédito garantizado (ver: autor y opus cits. nº 737, pág. 497.)

Art. 2029. — Salvo pacto en contrario, la inclusión en la cuenta de un crédito contra un tercero, se presume hecha con la cláusula "**salvo ingreso en caja**". En tal caso, si el crédito no es satisfecho, el que recibe la remesa tiene a su elección o la acción para el cobro o la eliminación de la partida de la cuenta con reintegración en sus derechos a aquel que hizo la remesa. Puede eliminar la partida de la cuenta aun después de haber ejercido infructuosamente las acciones contra el deudor.

Ver: art. 1829 C. italiano. Aun cuando nuestro Código de Comercio no registra un precepto idéntico en su forma al presente artículo, cuenta con su art. 779 por el que se estatuye que: "Mientras no se cumpla la condición del Inc. 2º del artículo 777 (de que el crédito remitido lleve la condición de que será cobrado a su vencimiento), la operación se considera provisoria, hasta que haya tenido lugar la entrada en caja de los valores, a menos de convención expresa en contrario".
El asiento que el correntista hace al recibir una remesa de valores o créditos, no es, como dice Fernández, irrevocable hasta ocurrir el pago. No siendo pagado, la partida no desaparece, porque los asientos no pueden borrarse o tacharse, sino que se neutraliza por un contraasiento. La condición implícita: "salvo ingreso en caja", es una condición resolutoria, que sólo el correntista que recibe puede invocar; no así el remitente que queda obligado al pago como garante, siquiera en la Argentina, por aplicación del art. 148 de su Ley de Quiebras) sea permitido que el remitente pueda reivindicar en la quiebra del receptor los documentos comerciales cuyo importe se ha incluído en la cuenta corriente (ver: autor y opus cits. t. III, pág. 462 a 471; Obarrio, t. II, Nº. 344, pág. 485; Malagarriga, t. V, pág. 139; Segovia, t. II, nota 2585, pág. 294; Lyon-Caen y Renault, t. IV, Nº 810, pág. 685; Bravard Veyrreres, t. II, pág. 487; Luis Muñoz, t. III, Nº 576, pág. 157. etc.).

Art. 2030. — Si el acreedor de un cuentacorrentista ha embargado el eventual saldo de la cuenta correspondiente a su deudor, el otro cuentacorrentista no puede, con nuevas remesas, perjudicar los derechos del acreedor. No se consideran nuevas remesas las dependientes de derechos nacidos antes del embargo.
El cuentacorrentista en cuya cuenta se ha practicado el embargo debe dar noticia de ello al otro. Cada uno de ellos puede separarse del contrato.

Ver: art. 1830 C. italiano. En lo que respecta al embargo de que los créditos o valores remitidos por un correntista a su corresponsal, nada estatuye nuestro Código de Comercio fuera de lo dispuesto por su art. 781, según el cual: "Los embargos o retenciones de valores llevados a la cuenta corriente, sólo son eficaces respecto del saldo que resulte al fenecimiento de la cuenta, a favor del deudor contra quien fuesen dirigidos", porque como reza el art. 774 del mismo Código "Antes de la conclusión de la cuenta, ninguno de los interesados es considerado como deudor o acreedor", y porque como estatuye el art. 784 sólo por la conclusión de la cuenta corriente se "determina la persona del acreedor y deudor", de suerte que siendo así los efectos del embargo de los eventuales derechos de un cuentacorrentista se hallan subordinados a la condición de que por el cierre de la cuenta resulte acreedor. Dada la protección debida al embargante, prohibe nuestro artículo al otro correntista que practicado el embargo haga nuevas remesas con las cuales podrían compensarse, en el momento del nuevo saldo, con el saldo embargado, con perjuicio del embargante, salvo que dichas remesas dependan de derechos nacidos antes del embargo. (ver Messineo, t. VI, parág. 158, Nº 20, d), pág. 122).

Art. 2031. — El cierre de la cuenta con la liquidación del saldo se hace a los vencimientos establecidos por el contrato, o en su defecto, al término de cada semestre, computado desde la fecha del contrato.

Ver: art. 1831 C. italiano. Punto es éste en que el presente artículo, por el que se preceptúa el cierre periódico de la cuenta corriente difiere de lo estatuído en el art. 782 de nuestro Código de Comercio, por el que se establecen las causas que pueden dar lugar al cierre definitivo de la cuenta corriente, tales como el consentimiento de las partes, lo cual es de una obviedad que no requiere explicación, y por la conclusión del contrato, que es igualmente de claridad meridiana, amén de las que siguen, como la muerte, la interdicción, demencia, quiebra, o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes de la libre administración de sus bienes.
El cierre periódico de la cuenta no obsta a su continuación, por voluntad de las partes, caso en el cual, la continuación importa una renovación del contrato, es decir la conclusión de un nuevo contrato al cual no le son aplicables las cláusulas especiales del fenecido. (ver R. L. Fernández, t. III, pág. 479; Lyon-Caen y Renault, t. IV, Nº 848, pág. 717; Bravard-Veyrieres, t. II, pág. 497; Segovia, t. II, nota 2594, pág. 295).
El cierre periódico de nuestro artículo ofrece analogía con lo preceptuado por los arts. 792 y 793 de nuestro Código de Comercio en relación a la cuenta corriente bancaria, en cuanto permiten que ésta pueda cerrarse cuando lo exija el Banco o el cliente, previo aviso de diez días, salvo pacto en contrario; y que fuera de estas hipótesis, deben los Bancos pasar a sus clientes sus cuentas corrientes con pedido de su conformidad escrita, por lo menos ocho días después de vencer cada trimestre.

Art. 2032. — El resumen de cuenta trasmitido por un cuentacorrentista al otro se entiende aprobado si no es impugnado dentro del término pactado o del término usual, o en su defecto dentro del término que puede considerarse procedente según las circunstancias.

La aprobación de la cuenta no excluye el derecho de impugnarla por errores de escritura o de cálculo, por omisiones o duplicaciones. La impugnación debe proponerse, bajo pena de caducidad, dentro de seis meses desde la fecha de la recepción del resumen de la cuenta relativa a la liquidación de cierre, que debe expedirse por medio de carta certificada.

Ver: art. 1832 C. italiano; art. 793 parág. 2º y 790 de nuestro C. de Comercio.
La primera parte del presente artículo es análogo a lo preceptuado por el parág. 2º del art. 793 de nuestro Código de Comercio, en relación a la cuenta corriente bancaria, en cuanto estatuye que: "Si en ese plazo (de 5 días computados desde la recepción de la cuenta corriente pasada por el Banco) el cliente no contestare, se tendrán por reconocidas las cuentas en la forma presentada, y sus saldos, deudores o acreedores, será definitivos en la fecha de la cuenta".
Elemental es que esta disposición debe aplicarse no sólo a la cuenta corriente bancaria, sino a toda otra que mantengan los particulares entre sí.
Nuestro artículo, mejor inspirado que el 793 de nuestro C. de Comercio, no limita a 5 estrictos días el plazo dentro del cual debe necesariamente el correntista el saldo pasado por su corresponsal, sino que lo remite al fijado en el contrato, o en su defecto, por el uso, o por las circunstancias, como por ejemplo, el espacio de lugar que media entre ambos corresponsales.
Tampoco es extraño a nuestro Código de Comercio la exigilidad del saldo de la cuenta corriente desde el momento de su aceptación, como lo preceptúa el inc. 5º de su art. 777, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 73 del mismo Código.
Por la aprobación del saldo, la cuenta corriente concluye definitivamente, y fija invariablemente, como reza el art. 784, el estado de las relaciones jurídicas de las partes; produce de pleno derecho, independientemente del fenecimiento de la cuenta, la compensación del íntegro monto del débito y crédito, hasta la cantidad concurrente, y determina la persona del acreedor y deudor, norma que ahora pasa a ocupar en este Código lugar de doctrina. Agrega el art. 787 de nuestro Código de Comercio que: "El que resulte acreedor por la cuenta corriente, podrá girar contra el deudor por el saldo, y si éste no aceptase el giro (o cheque), tiene acción ejecutiva para reclamar el pago".
No obstante, nuestro Código de Comercio no es ajeno a la protección o amparo del interés del correntista en impugnar por error de cálculo, por omisiones o duplicaciones el saldo que aceptó, según así lo estatuye su art. 790 a propósito del derecho a pedir la rectificación de la cuenta por las mismas causas que las contempladas en nuestro artículo sub examen, con la única diferencia de que en tanto por este precepto el derecho de impugnar se prescribe a los seis meses desde la fecha de la recepción del resumen de la cuenta por art. 790 de nuestro Código de Comercio, ese derecho se prescribe a los cinco años, plazo que evidentemente es demasiado largo para ejercerlo, pues, al cabo de tan dilatado tiempo, el correntista más diligente en la conducción de sus negocios podría no recordar los detalles de todas las operaciones de una cuenta corriente, o no conservar la documentación exacta de cada una de sus asientos. El término de seis meses es más que suficiente para que advertido de su error el correntista pueda volver sobre su aceptación e impugnar el saldo por errores de escritura, o de cálculo, o por omisiones o duplicaciones.

Art. 2033. — Si el contrato es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato a cada cierre de cuenta, dando de ello aviso por lo menos con diez días de anticipación.

En caso de interdicción, de inhabilitación, de insolvencia o de muerte de una de las partes, cada una de éstas o los herederos tienen derecho a separarse del contrato.

La resolución del contrato impide la inclusión en la cuenta de nuevas partidas, pero el pago del saldo no puede pedirse más que al vencimiento del período establecido por el art. 2031.

Ver: art. 1833 C. italiano. Nuestro Código de Comercio no registra un precepto exactamente igual al artículo sub examen, pero ocioso es que no habiendo las partes estipulado un plazo de duración de la cuenta, queden libres de separarse de ella a cada cierre de la misma, sin otra obligación que la de dar aviso de su decisión a la otra parte con diez días de anticipación. Así, el art. 783 de nuestro Código de Comercio estatuye que: "La cuenta corriente termina en definitiva, cuando no debe ser seguida de ninguna operación de negocios, y parcialmente en el caso inverso", de donde se infiere que en tales casos, debidos a la voluntad de los correntistas, aun sin declaración expresa de su parte, debe considerárselos por apartados de la cuenta.
El presente artículo extiende este derecho a los casos de interdicción (por enajenación mental declarada por juez competente y sujeción a un curador), de inhabilitación (por sentencia de juez), de insolvencia (por quiebra), o de muerte de uno de los correntistas, casos en los cuales el derecho de apartarse será ejercido por el corresponsal no afectado por ninguno de esos hechos, y en caso de muerte por sus herederos.
El art. 782 de nuestro Código de Comercio preceptúa por su inc. 3º que la cuenta corriente se concluye "por muerte, interdicción; demencia, quiebra o cualquier otro suceso legal que prive a alguno de los contratantes, de la libre administración de sus bienes". No hay, pues, novedad alguna en esta materia.

TITULO XL

DE LOS CONTRATOS BANCARIOS

CAPITULO I

De los depósitos bancarios

Art. 2034. — En los depósito de una suma de dinero en un Banco, éste adquiere su propiedad y está obligado a restituirla en la misma especie de moneda al vencimiento del término convenido, o bien a petición del depositante, con la observancia del período de preaviso establecido por las partes o por los usos.

Salvo pacto en contrario, los ingresos y los cobros se realizan en la sede del Banco en que se ha constituído la relación.

Ver: art. 1834 del C. italiano. Sin antecedente en la legislación italiana anterior, ni en los otros Códigos europeos y americanos, salvo las leyes especiales de organización bancaria dictadas por cada país, como lo es en el Paraguay, el Decreto-Ley Nº 5.286 del 27 de setiembre de 1944.
Dejamos a las obras de doctrina la exposición de los temas que pueden ser considerados, como preliminares, al estudio de los preceptos del presente Título, directa e indirectamente trasegados del Código civil italiano de 1942, una de las obras legislativas de mayor relieve de este siglo elaborada por los más eminentes juristas de Europa. En lo que sigue nos ceñiremos fielmente a las enseñanzas de Messineo, en su Manual de Derecho Civil y Comercial y a la exposición de motivos de Grandi, ya citada en más de una ocasión.
Antes de explicar el presente artículo, conviene retener que los contratos de depósito bancario son de diversos tipos, pero substancialmente unifórmes en cuanto todos tienen por objeto negocios u operaciones de crédito, y porque siempre una de las partes es una institución de crédito o Banco autorizado, entendido por tal toda entidad dedicada profesionalmente, en calidad de empresario, a concertar operaciones de crédito, siquiera existan negocios del mismo género que pueden ser realizados por cualquiera, no profesional, como la apertura de crédito, con el anticipo y el descuento.
El depósito bancario al cual se refiere nuestro artículo es el pecuniario, denominado de uso o depósito fiduciario, en cirtud del cual puede el Banco depositario servirse del dinero que recibe de su clientela como es típico del depósito irregular, que el depositario venga a ser propietario de la suma recibida, con obligación de restiuir otro tanto, tantundem, y el riesgo de ver extinguido el depósito ad nutum del depositante.
El depósito puede ser hecho por un tercero en la cuenta de otra persona, pero sin derecho a la restitución.
La restitución puede hacerse en los depósitos a la vista y los hechos a la orden del depositante, llamados depósitos libres, en virtud de simple petición ad nutum del titular de la cuenta, contra cheques, salvo los depósitos llamados de garantía y los judiciales (ver art. 16 del Decreto-Ley Nº 5.286).
Fuera de estos casos, en los depósitos llamados "a plazo", la restitución puede tener lugar una vez vencido el plazo, con observancia del período de preaviso, si así se ha estipulado, o en su defecto, según los usos. Tales son los depósitos vinculados.
Mientras el término no haya vencido, el titular del crédito no puede accionar, de donde viene que Messineo equipare esta imposibilidad al pactum de non petendo.
El depósito puede ser efectuado por dos o más personas, caso en el cual la cuenta única se encabeza a nombre de todas ellas. Si los nombres de los depositantes se hallan separados por la conjunción "y", la cuenta es conjunta, y ninguno de ellos puede girar separadamente. Sus cheques deben ser firmados por todos, correspondiéndoles a cada uno su cuota parte, según lo hayan estipulado en sus relaciones internas, y en su defecto por mitad, si son dos, o de un tercio si son tres y así sucesivamente. Si los nombres de dichos depositantes se hallasen separados en la nota de depósito por la conjunción disyuntiva "o" cada uno de ellos podrá girar por la totalidad del depósito. En este caso se da la disyunción que hemos explicado bajo los Nºs 797 y 798 de nuestro Tratado de las Obligaciones, (t. II, pág. 3 y ss.). En los Bancos argentinos las cuentas de esta naturaleza son vulgarmente llamadas "a orden recíproca", designación no autorizada por tratadista alguno.
Una tercera especie de depósito bancario es el llamado "de ahorro" que a tenor del art. 16 del Decreto-Ley Nº 5286 se halla sujeto a disposiciones especiales, en cuanto a su monto, intereses, extracciones e

inversiones, establecidas por la Junta Monetaria con mira a estimular el ahorro y a garantizar su segura y provechosa inversión.
Los desembolsos y los cobros se efectúan en la sede de la institución de crédito depositaria, a menos que, de acuerdo con su organización interna, tenga sucursales autorizadas a pagar los cheques librados a cargo del Banco, o acuerdos con otros Bancos, sea del mismo país o del extranjero, donde el tenedor del cheque o giro pueda descontarlos, con arreglo a la tasa del mercado libre el día de su presentación en ventanillas.
Si a la nota de depósito se agrega la cláusula "en cuenta corriente", el contrato es de duración indefinida, (salvo aviso, con efecto a breve decadencia), por ser renovable tácitamente. A estos depósitos puede vincularse una relación de cheque, por la cual el cliente puede librar cheques a cargo del Banco, pagaderos a la vista y debitados en la cuenta del depósito.
En las naciones que han instituído el ahorro postal, los depósitos de ahorro son aceptados por el Estado en las oficinas postales habilitadas al efecto.
Otra especie de depósitos pecuniarios son los que se hacen en cuentas corrientes postales de conformidad con las leyes especiales dictadas para disciplinarlas, como ocurre en Italia y otras naciones europeas.
Más adelante hemos de examinar otras especies de depósito.

Art. 2035. — Si el Banco expide una libreta de depósito de ahorros, los ingresos y los cobros se deben anotar en ella.

Las anotaciones en la libreta, firmadas por el empleado adscrito al respectivo servicio del Banco, hacen plena prueba en las relaciones del Banco y el depositante. Es nulo todo pacto en contrario.

Ver: art. 1835 C. italiano. La libreta de que se trata es generalmente emitida al portador, pero con indicación del nombre del depositante, y es un verdadero y propio título de crédito. Sirve para legitimar al poseedor que la exhiba para efectuar cobros, y liberar al Banco cuando efectúe el desembolso pedido por su exhibidor, aunque no sea el depositante, siempre que no proceda con dolo. (Messineo, t. VI, parág. 164. Nº 10, pág. 298).

Art. 2036. — Si la libreta de depósito es pagadera al portador, el Banco que sin dolo realiza la prestación respecto del poseedor, queda liberado, aun cuando éste no sea el depositante.

La misma disposición se aplica en el caso en que la libreta de crédito pagadera al portador esté a nombre de una determinada persona o individualizada en otra forma.

Quedan a salvo las disposiciones de las leyes especiales.

Ver: art. 1836 C. Italiano, y nota al artículo anterior.

Art. 2037. — El menor que ha cumplido diez y ocho años puede efectuar válidamente depósitos de ahorro y hacer cobros sobre los mismos, salvo la oposición de su representante legal.

La libreta de depósito de ahorros librada al menor debe ser nominativa.

Quedan a salvo las disposiciones de las leyes especiales.

Ver: art. 1837 C. Italiano.

Art. 2038. — El Banco que acepta el depósito de títulos en administración debe custodiar los títulos, exigir sus intereses o sus dividendos, verificar los sorteos para la atribución de premios o para el reembolso de capital, cuidar los cobros por cuenta del depositante y, en general, proveer a la tutela de los derechos inherentes a los títulos.

Las sumas cobradas deben ser acreditadas al depositante.

Si respecto de los títulos depositados se debe proveer al cobro de décimos o se debe ejercer un derecho de opción, el Banco debe pedir en tiempo útil instrucciones al depositante y debe ejecutarlas, cuando haya recibido los fondos necesarios a tal objeto. En defecto de instrucciones, los derechos de opción deben ser vendidos por cuenta del depositante por medio de un agente de cambio.

Al Banco le corresponde una compensación en la medida establecida por la convención, así como el reembolso de los gastos necesarios hechos por él.

Es nulo el pacto por el cual se exonera al Banco de observar la diligencia ordinaria en la administración de los títulos.

Ver: art. 1838 C. Italiano; 2518 C. Civil mexicano; 577 y 579 de nuestro C. de comercio y 2663 del Esboço de T. de Freitas. Para Segovia, se trata en este caso de un mandato legal para realizar medidas conservatorias y en que se consulta el interés de las partes y del comercio (ver autor y opus cit. t. II, nota 1969, pág. 126).
Tales son las características del depósito llamado en administración (y también a dossier), en el que a la prestación de la custodia, acompaña la de cuidar del ejercicio de los derechos inherentes a los títulos. Sobre el derecho de opción, ver nuestro art. 1680 (Messineo, t. V, parág. 159, B, pág. 139; y t. V, parág 152, Nº 57, pág. 513).

CAPITULO II

Del servicio bancario de cajas fuertes

Art. 2039. — En el servicio de cajas fuertes, el Banco responde al usuario de la idoneidad y la custodia de los locales y de la integridad de las cajas, salvo caso fortuito.

Ver: art. 1839 C. italiano. El depósito bancario en cajas fuertes puestas a disposición de la clientela, es uno de tantos contratos que sólo puede celebrarse con una institución de crédito provista de dichas cajas. Dichas cajas son recipientes móviles, encerrados en un nicho provisto de dos llaves separadas: una en por lo regular empotradas en la pared, y provistas de llaves que sólo quedan en poder del depositante. Dichas cajas son recipientes móviles, encerrados en un nicho provisto de dos llaves separados: una en poder del Banco y otra en la del cliente, de suerte que el recipiente no pueda ser extraído sino con el concurso de la actividad del Banco y del cliente. El recipiente móvil sólo puede ser abierto con las llaves del depositante.
En Banco responde de la idoneidad y la custodia de los locales donde está situada la caja; y de la idoneidad de ésta, de suerte que siendo así como lo es, el Banco responde de los hurtos y pérdidas que sufran las cosas puestas en la caja debidas a intervención del personal del Banco o de terceros, salvo caso fortuito probado por el Banco.
La caja es puesta a nombre de una persona, pero también puede ponerse a nombre de varias personas.
Para tener derecho a la apertura de la caja debe el usuario exhibir una tarjeta especial habilitada al efecto, y estampar su firma en el registro respectivo, con indicación del día y la hora de la apertura. Para penetrar en las cámaras acorazadas debe el cliente proveerse de una contraseña librada por el Banco.
En caso de muerte del titular, el Banco no accederá a la apertura de la caja sino en virtud de orden del juez de la sucesión.
Agrega Messineo que discutiéndose si el contrato de depósito en caja fuerte es un depósito o un arrendamiento de cosa, estima que entre ambas teorías, la primera es la menos atendible desde que no explica cuál sea la prestación del Banco cuando el cliente deja vacía la caja, sea transitoria o permanentemente, y la segunda la que más se aproxima a la realidad, en cuanto es compatible con el evento de que el cliente no emplee nunca la caja y en cuanto existe indudablemente la concesión del goce de un espacio vacío y cerrado por parte del Banco. No contradice a ello el deber de custodia.
Adicto nuestro autor a una tercera concepción del contrato de caja fuerte, termina por admitir que es un contrato mixto unitario y autónomo, en el que concurren el elemento de la locación y el de una prestación onerosa de servicio u obra (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 159, Nº 13, pág. 140 y ss.).

Art. 2040. — Si la caja figura a nombre de varias personas, la apertura de ella será permitida singularmente a cada uno de los titulares, salvo pacto en contrario.

En caso de muerte del titular o de uno de los titulares, el Banco que haya recibido comunicación al efecto no podrá consentir la apertura de la de la caja sino con el acuerdo de todos los derecho habientes o según las modalidades establecidas por el Juez de la sucesión.

Ver: art. 1840 C. italiano. Será de cargo del Banco evidenciar que la apertura de la caja ha tenido lugar con acuerdo de todos los derechos habientes o sucesores del difunto, para evitar responsabilidades derivadas porque un no derecho habiente se haya apoderado de las cosas guardadas en la caja. El Banco exigirá además del oficio del juez de la sucesión la presencia de un Notario para que levante acta de la apertura de la caja y de su contenido.

Art. 2041. — Cuando el contrato ha vencido, el Banco, previa intimación al titular y transcurridos seis meses desde la fecha de ésta, podrá pedir al juez la autorización para abrir la caja. La intimación podrá hacerse también por carta certificada con acuse de recibo.

La apertura se realizará a presencia de un Notario designado al efecto y con las precauciones que el juez considere oportunas.

El juez puede dictar las disposiciones necesarias para la conservación de los objetos encontrados y la venta de aquella parte de los mismos que sea necesaria para la satisfacción de lo que se deba al Banco por cánones del alquiler y gastos.

Ver: art. 1841 C. italiano.

CAPITULO III

Apertura del crédito bancario

Art. 2042. — La apertura de crédito bancario es el contrato por el cual el Banco se obliga a tener a disposición de la otra parte una suma de dinero por un determinado período de tiempo o por tiempo indeterminado.

Ver: art. 1842 C. italiano. El contrato de apertura de crédito no es un contrato preliminar de mutuo, como por error se ha sostenido antes de ahora. Su función económica consiste, dice Grandi, en la inmediata atribución al cliento del derecho de disponer de la suma de dinero estipulada según su necesidad, y no en la ofectiva utilización de esta suma o en la de concertar un contrato de mutuo. ver autor y opus cits. Nº 741, pág. 500).
El contrato que nos ocupa es consensual, por el que el Banco (acreditante) confiere al cliente (acreditado) el poder de disposición o de empleo de una suma ajena, en los modos más variados, entre los cuales culmina, dice Messineo, la enajenación de ella y la posibilidad de convertirse en su propietario. Este poder de disponibilidades sólo comparable con el poder que por el art 1256 del presente Código se confiere al que ha recibido las cosas en virtud del contrato estimatorio. Es un derecho de propiedad del acreditado sobre la suma que el Banco tiene a su disposición, sin ser propietario de ella.
Correlativo a este derecho de disposición es la indisponibilidad de la suma por parte del Banco acreditante, como mero dato técnico, no jurídico, porque el Banco no se obliga a aislar la suma de dinero acreditada en cuenta, sino a tenerla a disposición del cliente y corresponder a sus peticiones de dinero.
La apertura de crédito puede ser simple, o ser disponible a la primera petición del acreditado, o en cuenta corriente si el acreditado puede, en virtud del pacto, efectuar restituciones parciales y alcanzar así la suma puesta a su disposición, hasta la extinción del contrato.
Los Bancos públicos del Paraguay han abandonado el crédito bancario en cuenta corriente, porque no arrojan las utilidades que les permita enjugar sus gastos de explotación. Actualmente sólo se obtiene dinero contra un pagaré a plazo, que nunca excede de ciento ochenta días, pero en ocasiones, renovable por otro plazo igual, siempre que el primer documento haya sido cancelado. Si sólo se trata de una renovación del primer documento, con pago de los intereses, la prórroga no suele exceder de sesenta o noventa días. Raros son los descuentos de tales letras a sola firma, si el ciente no acredita una solvencia notoria con su manifestación jurada de bienes.
La apertura de crédito puede ir acompañada de una **garantía real**, de prenda con registro de hipoteca, o **personal** (fianza), que no se extingue antes del fin de la relación. Los Bancos privados no desean garantías hipotecarias por las dezazones a que su ejecución les expone. (Ver: Messineo, t. VI, parág. 159, Nºs. 5 y ss., pág. 130 y ss.).

Art. 2043. — Si no se ha convenido otra cosa, la persona a quien se le ha concedido el crédito puede utilizarlo en más de una vez, según las formas usuales, y puede con sucesivos ingresos reintegrar sus primitivas disponibilidades.

Salvo pacto en contrario, los ingresos y los cobros se realizan en la sede del Banco donde se constituyó la relación de crédito.

Ver: art. 1843 C. italiano. Explicado en la nota al artículo anterior.

Art. 2044. — Si para la apertura del crédito se da una garantía real o personal, ésta no se extingue antes del fin de la relación por el solo hecho de que la persona a quien se ha otorgado el crédito deje de ser deudor del Banco.

Si la garantía llega a ser insuficiente, puede el Banco pedir un suplemento de ella o la substitución del garante.

Si la persona a quien se ha concedido el crédito no se ajusta al requerimiento, podrá el Banco reducirle el crédito proporcionalmente a la disminución de la garantía o separarse del contrato.

Ver: art. 1844 C. italiano. No se extingue la garantía en tanto no se haya puesto fin a la relación contractual de las partes, por el sólo hecho de que el acreditado haya dejado de ser deudor, porque pudiendo él acudir de nuevo al crédito que se le ha abierto, y la garantía se extinguiese, expondría al Banco al riesgo de su insolvencia.
Lo demás que sigue del artículo no pide explicación. La reducción del crédito en proporción a la disminución de la garantía, es medida de seguridad contemplada no sólo en interés del Banco sino de los terceros, o sea de toda la clientela del Banco y del público en general.

Art. 2045. — Salvo pacto en contrario, el Banco no puede separarse del contrato antes del vencimiento del término, sino por justa causa.

La separación suspende inmediatamente la utilización del crédito, pero el Banco debe conceder un término de quince días por lo menos para la restitución de las sumas utilizadas y de sus accesorios.

Si la apertura del crédito es por tiempo indeterminado, cada una de las

partes puede separarse del contrato previo aviso en el término establecido en el contrato, o en su defecto en el de quince días.

Ver: art. 1845 C. italiano. La ley no autoriza la separación ad nutum del contrato, si no es por justa causa, salvo pacto en contrario. La separación suspende la ulterior utilización del crédito, pero el Banco debe conceder un término de no menos quince días para que el cliente restituya los fondos que ha utilizado. Mediante preaviso está permitida la separación ad nutum si el contrato es por tiempo indeterminado, pero el preaviso debe darse dentro del término fijado en el contrato, y en su defecto, dentro de los quince días (ver: Messineo, t. VI, parág. 159, Nº 5, I), pág. 131).

CAPITULO I V

Del anticipo bancario

Art. 2046 — En el anticipo bancario sobre prenda de títulos o mercaderías, no puede el Banco disponer de las cosas recibidas en prenda, si ha librado un documento en el cual se hayan individualizado las cosas. El pacto en contrario debe ser probado por escrito.

Ver: art. 1846 C. italiano. El anticipo (o subvención) no es un mutuo pignoraticio, enseña Messineo, como por largo tiempo se ha considerado; es una subespecie de apertura de crédito, caracterizada por el hecho de que la misma va necesariamente acompañada de una garantía real (prenda de dinero, de mercaderías o de títulos y también de documentos de depósito, o de transporte, proporcionada por él, anticipado o por un tercero al anticipante, mientras que la apertura de crédito puede también ser simple, o garantizada solamente por fianza. (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 159, Nº 6, pág. 131). Explícase así que viniendo

Grandi en su exposición de motivos a tratar de este contrato diga que el anticipo sobre prenda puede mantener su autonomía jurídica en relación a la apertura de crédito, porque tiene por principal finalidad la financiación de operaciones sobre mercaderías. Sus lineamientos no son sencillos: la mercadería a la cual sirve la operación es dada en prenda al Banco y el anticipo se resiente de la variación del valor que la prenda puede sufrir en el curso de la relación y de la negociación de que puede llegar a ser objeto (ver autor y opus cits. nº 742, pág. 501).
Característico del presente contrato es que el Banco pueda adquirir la disponibilidad de las cosas recibidas en prenda, pero a condición de que no las haya individualizado (prenda irregular) y la facultad de pedir un complemento de garantía si el valor de las cosas dadas en prenda disminuye en una décima parte del que tenía al tiempo de la celebración del contrato.

Art. 2047 — El Banco debe proveer por cuenta del contratante al seguro de las mercaderías dadas en prenda, si por la naturaleza, el valor o la ubicación de ellas, el seguro responde a las precauciones ordinarias o de uso

Ver: art. 1847 C. italiano

Art. 2048 — El Banco, además de la retribución que se le debe, tiene derecho al reembolso de los gastos que han sido necesarios para la custodia de las mercaderías y de los títulos, salvo que haya adquirido la disponibilidad de ellos.

Ver: art. 1848 C. italiano.

Art. 2049 — El contratante, aun antes del vencimiento del contrato, puede retirar en parte los títulos o las mercaderís dadas en prenda, previo reembolso proporcional de las sumas anticipadas y de las otras sumas correspondientes al Banco según las disposición del art. anterior, salvo que el crédito restante resultare insuficientemente garantizado.

Ver: art. 1849 C italiano. Consagra este precepto una excepción al principio de la indivisibilidad de la prenda, que estudiaremos oportunamente.

Art. 2050 — Si el valor de la garantía disminuye al menos de una décima parte en relación al que tenía en el momento de la celebración del contrato, podrá el Banco pedir al deudor un suplemento de garantía en los términos de costumbre, con el apercibimiento de que, en su defecto, se procederá a la venta de los títulos o de las mercaderías dadas en prenda. Si el deudor no se ajusta al requerimiento, podrá el Banco proceder a

la venta como está dispuesto respecto de la venta de la cosa dada en prenda. El Banco tiene derecho al reembolso inmediato del resto no satisfecho con el producto de la venta.

Ver: art. 1850 C. Italiano. Juzga, empero, Messineo que la venta parece no permitida si la imposibilidad es temporal y no imputable al deudor.

Art. 2051. — Si en garantía de uno o de varios créditos, se constituyen depósitos de dinero, mercaderías o títulos que no hayan sido individualizados o por los cuales se haya conferido al Banco la facultad de disponer, el Banco sólo debe restituir la suma o la parte de las mercaderías o de los títulos que excedan del monto de los créditos garantizados. El excedente es determinado en relación al valor de las mercaderías o de los títulos al tiempo del vencimiento de los créditos.

Ver: art. 1851 C. Italiano.

CAPITULO V

De las operaciones bancarias en cuenta corriente

Art. 2052. — Si el depósito, la apertura de crédito u otras operaciones bancarias son ajustados en cuenta corriente, el cuentacorrentista puede disponer en cualquier momento de las sumas resultantes en su crédito, salvo la observancia del término de preaviso eventualmente pactado.

Ver: art. 1852 C. Italiano. Messineo, a propósito de esta figura jurídica, nos dice que es un contrato autónomo, al cual también se le llama "cuenta corriente de correspondencia", el cual, en ciertos aspectos es accesorio y de un contenido complejo.
Por virtud de este contrato, el Banco se convierte en una especie de mandatario (o, según los casos de delegado o de delegatario) en cuanto a los muchos encargos que el cliente puede confiarle; y asume las respectivas obligaciones. Tales negocios, dice nuestro autor, dan lugar a otras tantas relaciones o cuentas (pagos a terceros; extinción de letras de cambio; suscripción a empréstitos; ejercicio de la opción en el aumento de capital de sociedades por acciones; cobro de cétulas; verificación de la extracción de títulos, y así sucesivamente); pero todos los asientos convergen a constituir, mediante compensación interna, una cuenta única. La compensación tiene lugar en el momento en que se determina el saldo final o periódico.
En virtud del mismo contrato puede el Banco realizar dos otros servicios al cliente: a) el de caja y b) el de cheques bancarios librados por él.
Advierte Messineo que si bien el presente contrato puede confundirse con el depósito pecuniario en cuenta corriente, desde que también la cuenta corriente por correspondencia implica el acrecentamiento de las sumas cobradas y el debilitamiento de las sumas pagadas por cuenta del cliente, se manifiesta, sin embargo, como distinto de aquél, en cuanto comporta una serie de otras operaciones pasivas, que no serían compatibles con el mero depósito. (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 159, Nº 15, pág. 144; y Grandi, opus cit. Nº 743, pág. 502).

Art. 2053. — Si entre el Banco y el cuentacorrentista existen varias relaciones o varias cuentas, aun cuando sean en moneda diferentes, los saldos activos y pasivos se compensan recíprocamente, salvo pacto en contrario.

Ver: art. 1853 C. Italiano. Ver la nota al artículo anterior.

Art. 2054 — Si la cuenta estuviere a nombre de varias personas, con facultad para todas de realizar operaciones aunque sea separadamente, los titulares serán considerados acreedores o deudores solidarios de los saldos de la cuenta.

Ver: art. 1854 C. Italiano. Esta regla es paralela a la del art. 2040 y a las indicadas acerca del depósito pecuniario de uso y de títulos.
Sólo que tanto en el presente caso, como en el del art. 2040, los efectos provienen de la ley, al paso que en los depósitos pecuniarios de uso y en el depósito de títulos, la unidad del contrato debe ser expresamente pactada o resultar de la voluntad de las partes.
Si la operación en cuenta corrientes es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato con preaviso de quince días, salvo diverso término establecido por las costumbres (Messineo, t. VI, parág. 159, nº 15, pág. 144 y ss.).

Art. 2055 — Si la operación ajustada en cuenta corriente es por tiempo indeterminado, cada una de las partes puede separarse del contrato, dando aviso de ello en el término establecido por las costumbres o, en su defecto, dentro de quince días.

Ver: art. 1855 C. italiano.

Art. 2056 — El Banco responde según las reglas del mandato por la ejecución de los encargos recibidos del cuenta correntista o de otro cliente. Si el encargo debe cumplirse en una plaza donde no existen filiales del Banco, podrá éste encarar su ejecución a otro Banco o a un corresponsal suyo.

Ver: art. 1865 C. italiano.

Art. 2057 — A las operaciones ajustadas en cuenta corriente se aplican las normas establecidas en los arts. 2026, 2029 y 2032.

Verí art. 1857 C. italiano.

CAPITULO VI

Del descuento bancario

Art. 2058 — El descuento es el contrato por el cual el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito contra terceros todavía no vencido, mediante la cesión, salvo buen fin, de dicho crédito.

Ver: art. 1858 C. italiano. Explicando Grandi, en su Exposición de Motivos, el descuento bancario dice que es como un préstamo que el Banco hace al titular de un determinado crédito, no vencido, contra un tercero a cuenta de su importe, pero a cambio de una retribución, correspondiente a la tasa del descuento (autor y opus cit. nº 745, pág. 504).
Viene de aquí que definiendo Messineo este contrato enseñe que es "un contrato con prestaciones recíprocas, en virtud del cual una de las partes (el Banco) se obliga a favor de la contraparte (el cliente) a pagarle el importe de un crédito pecuniario (con mucha frecuencia, cambiario) que esa contraparte alega contra un tercero (asunción, por parte del Banco, de la deuda ajena), antes del vencimiento de ese crédito, a cambio de la cesión (pro solvendo) de dicho crédito, con lo que, la liberación del cliente por parte del Banco queda subordinada al buen fin del crédito cedido.
Siendo así, como lo es, no habrá manera de confundir el descuento bancario con la venta del crédito o del título de crédito descontado; ni con el mutuo pecuniario, con garantía (real, en el caso de descuento cambiario); ni con la transferencia de la propiedad del título de crédito.
La compensación o retribución debida al Banco consiste en una suma: el interés o "descuento" que económicamente es el precio del uso de la suma anticipada al tenedor del título.
Más frecuentemente, agrega nuestro autor, el descuento tiene por objeto, en lugar de la cesión de un crédito no-documental, la **transferencia de un título de crédito**: endoso de letra de cambio no vencida todavía o bien, **endoso de cheque bancario**, pagadero fuera de plaza, y especialmente si está redactado en moneda extranjera; o bien, **endoso de nota de prenda**
Si se trata del descuento de letra de cambio, el Banco tiene derecho a verificar si la letra emana de un efectivo negocio de crédito, o si por el contrario es una letra de favor.
El beneficiario del descuento de título a la orden responde al Banco de la eventual falta de pago por parte del deudor cambiario, y debe, por consiguiente restituirle la suma que se le ha anticipado. Si se trata de descuento de crédito, responde al Banco de la eventual insolvencia del deudor (buen fin del crédito) (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 159, nº 8, pág. 133).

Art. 2059 — Si el descuento tiene lugar mediante endoso de letra de cambio o de pagaré bancario, el Banco, en el caso de falta de pago, además de los derechos derivados del título, tiene también derecho a la restitución de la suma anticipada.
Quedan a salvo las normas de las leyes especiales relativas a la cesión de la provisión en el descuento de letras no aceptadas o provistas de cláusulas "sin aceptación".

Ver: art. 1859 C. italiano. La obligación del beneficiario del descuento a restituir al Banco la suma anticipada si la letra no es pagada por el girado, es como endosante, obligado de regreso.

Art. 2060 — El Banco que ha descontado letras documentadas tiene sobre la mercadería el mismo privilegio del mandatario mientras el título representativo se halle en su poder.

Ver: art. 1860 C. italiano. El descuento de letra documentada es otra especie de actividad bancaria, el cual tiene lugar cuando el vendedor de una mercadería, en vez de pedir al comprador el pago al contado de su precio, libra a su cargo una letra de cambio que éste se obliga a aceptar. Esta letra, a la cual van anexos los documentos (factura del vendedor, documentos de embarque etc.), es descontada por el vendedor en un Banco, que le anticipa su importe disminuído en el descuento. Si el girado paga, el Banco le entrega la letra y los documentos. Si la letra no es pagada, el endosante queda obligado de regreso por su monto. El Banco que ha descontado la letra tiene sobre las mercaderías el mismo privilegio del mandatario sobre las cosas del mandante que él detenta para la ejecución del mandato, mientras el título representativo se halle en su poder (Messineo, t. VI, pág 159, nº 20, pág. 159)

TITULO XLI

DE LA RENTA VITALICIA

Art. 2061 — Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien, contra entrega de una suma de dinero o de una cosa apreciable en dinero mueble o inmueble que otro le da, se obligue a pagar una renta periódica en dinero, a uno o más beneficiarios existentes o concebidos en el momento de celebrarlo, durante la vida del que da el capital o de una o varias personas determinadas. Lo que se debiere en frutos naturales o servicios, será pagadero por su equivalente en dinero.

Ver. arts. 2070 C. argentino; 1968 C. francés; 2764 C. de Luisiana; 1644 C. portugués; 1802 y 1803 C. español; 759 C. alemán; 516 C. F. S. de las Obligaciones; 1424 C. brasileño; 2264 y 2265 C. chileno; 2287 y 2288 C. colombiano; 2288 y 2289 C. ecuatoriano: 2182 parág. 1º C. uruguayo; 1788 C. venezolano; 1872 parág. 1º y 1873 C. italiano; 2774 C. mexicano; 1749 y 1751 C. peruano; 3625 C nicaragüense; 1985 y 1987 C. hondureño; 1968 y 1971 C. de la República Dominicana; 4791 y 4792 C. de Puerto Rico; 729 C. C. de la República de China; 592 y 593 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 606 y 609 del Poryecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2235, 2236 parág. 3º, 2238 del Esboco de T. de Freitas; 2109 del Anteproyecto de Bibiloni; 1290 del Proyecto argentino de 1936.

Pothier, **Traité du Contrat de constitution de Rente, in Oeuvres**, t. III, nº 217, pág. 512; Zachariae, t. V, parág. 747, texto y nota 1, pág. 24; Troplong, Du Depot et du Séquestre, et des Contrats Aléatoires nº 214, pág. 382; Duranton, t. XVIII, nº 120, pág. 98, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, parág. 388, texto y nota 1 bis, pág. 81, 5ª edición; Laurent. t. XXVII, nº 260, pág. 296; Huc, t. XI, nº 336, pág. 426; Baudry Lacantinerie y Wahl, **Des contrat aléatoire** etc. nº 180, pág. 99; Rouast y Savatier, in Planiol y Ripert, t. XI, nº 1219, pág. 515; Colin y Capitant, t. IV, pág. 628, versión castellana de De Buen; Messineo, t. VI, parág. 161, nº 6, pág. 191; Grandi, **opus cit.** nº 747, pág. 505 etc.).

"Renta, en el sentido en que bajo el presente Título se la empleo, es la serie de prestación en dinéro, o en otros bienes (frutos naturales o servicios) que una persona recibe de otra a quien con este efecto se ha transferido un capital. Puede constituírsela por contrato o por actos de última voluntad. El contrato puede ser oneroso o gratuito Es oneroso cuando uno de los contratantes da el capital para que el otro le pague la renta estipulada. Es gratuito cuando el suministrador de la renta se obliga a prestarla con intención liberal, caso en el cual el contrato toma la naturaleza de la donación".

La constitución de renta es **real** porque se perfecciona por la entrega del dinero o de la cosa, mueble o inmueble a la persona que se obliga a pagar las prestaciones. Cuando la constitución de renta es a título oneroso es bilateral y será aleatorio si se relaciona con la duración de la vida del beneficiario de la renta (ver: Bevilaqua, **opus cit.** t. V, **Observacoes**, pág. 173; Schneider y Fick, t. I, nº 10, pág. 950; Messineo, t. VI, parág. 161, nº 6, pág. 191; Rouast, Savatier y Lepargneur, in Planiol y Ripert, t. XI, nº 1221, pág. 516).

En la constitución de renta vitalicia a título oneroso puede el enajenante de la cosa mueble o inmueble transferida al deudor de la renta, estipular simplemente el pago de ésta en lugar de obtener un precio en dinero. Los franceses le llaman enajenación "a fonds perdu", porque al fallecimiento del tradente sus herederos no encontrarán capital alguno en lugar de la cosa enajenada. Es una operación a la que propenden las personas que no esperan dejar herederos, como medio de proveerse de una renta por el resto de su vida. Viene de aquí su carácter aleatorio, dado el riesgo a que se exponen las partes, especialmente el que se obliga a suministrar la renta, si el beneficiario llega a vivir más allá de la edad media de duración de la vida del hombre, como ocurrió en el famoso caso de Mr. Waldeck, propietario de una colección de antigüedades americanas por la que pedía 40.000 francos (oro). El Estado francés le ofreció comprársela a cámbio de una renta vitalicia que él aceptó Más Mr. Waldeck que al tiempo del contrato frisaba con los 50 años, murió a los 109, y el Estado francés tuvo que desembolsar así cinco o seis veces más del precio de su colección.

Las rentas vitalicias constituídas contra entrega de una suma de dinero son por lo común negocios de la compañías de seguro.

Art. 2062 — La renta vitalicia puede ser constituída a título gratuito, por donación o por testamento, casos en los cuales se regirá por las disposiciones especiales, y subsidiariamente, por las del presente título.

Ver: arts. 2108 del Anteproyecto de Bibiloni; 1969 C. francés; 1872 parág. 2º C. italiano; 519 parág. 2º C. F. S. de las Obligaciones; 1424 C. brasileño; 1807 C. español; 2182 parág. 2º C. uruguayo; 1795 parág. 2º y 1799 C. venezolano; 2775 C. mexicano; 3628 C. nicaragüenses; 1999 C. hondureño; 1969 C. de la República Dominicana; 4795 C. de Puerto Rico; 735 C. C. de la República de China; 576 parág. 2º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 607 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1289 del Proyecto argentino de 1936.
La constitución gratuita de renta no es contrato aleatorio, y en más de un Código de los arriba citados se estatuye que en tales casos puede el constituyente estipular que el beneficiario de la renta no podrá ser privado de ella en beneficio de sus acreedores, en los casos de ejecución o quiebra (519 parág. 2º C. F. S. de las Obligaciones), porque se entiende que el ejercicio de dicha facultad torna inembargable la renta y excluída del inventario de los bienes del fallido, en caso de quiebra. Los motivos de esta decisión, dicen Schneider y Fick, pueden ser criticables, pero sus resultados económicos deben ser aprobados. Mejer, jurista suizo, enseña que dicha facultad conferida al constituyente de una renta a título gratuito, es conciliable con la constitución de un usufructo por disposiciones de última voluntad o donaciones entre vivos, y con toda otra disposición a título gratuito (autores y opus cit. t. I, nota 26, pág. 959). Análoga es la disposición de los arts. 1807 del C. español; 1799 C. venezolano; 2785 C. mexicano; 1981 del C. de la República Dominicana; 4796 C. de Puerto Rico; 1881 C. italiano.

Art. 2063 — La renta que constituya una pensión alimenticia no puede ser empeñada ni embargada al acreedor.

Ver: art. 2076 C. argentino; 2242 In fine del Esboco de T. de Freitas; 1981 C. francés; 1881 C. italiano; 2797 C. mexicano; Font. t. I, nº 781, pág. 395; Pothier, opus cit. nº 252, pág. 524; Troplong, opus cit. nº 341, pág. 484 etc. La razón que se da de este precepto es el mismo del anterior. El testador que por un legado constituya una renta vitalicia, gratuita, se entiende, a favor de un legatario, bien ha podido no constituirla, de suarte que siendo así, se le reconoce el derecho de excluir la renta de todo embargo a favor de los acreedores del beneficiario. Más el art. 2787 del C. mexicano limita la inembargabilidad de la renta si ha sido constituída para alimentos, a lo que a juicio del juez exceda de la cantidad que sea necesaria para cubrir los gastos alimenticios, según las circunstancias de la persona.

Art. 2064 — Tiene capacidad para contratar la constitución de una renta vitalicia por dinero que diere, el que la tuviere para darlo en mútuo; y tiene capacidad para obligarse a pagarla el que la tuviere para contraer mútuo.
Tiene capacidad para constituir una renta vitalicia por venta que hiciere de cosas muebles o inmuebles, el que la tuviere para venderlas; y tiene capacidad para obligarse a pagarlas, el que la tuviere para comprar.

Ver: arts. 2073 C. argentino; 2240 parág. 1º y 2º del Esboco de T. de Freitas; 2112 del Anteproyecto de Bibiloni; 1291 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2065 — El contrato oneroso de renta vitalicia no puede ser hecho so pena de nulidad, sino por escritura pública y no quedará concluído sino por la entrega del dinero, o por la tradición de la cosa, en que consistiese el capital.

Ver: arts. 2071 y 1184 inc. 5º C. argentino; 1646 C. portugués; 2243 del Esboco de T. de Freitas; 2110 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936; 2269 C. chileno; 2292 C. colombiano; 2293 C. ecuatoriano; 2183 C. uruguayo; 1789 C. venezolano; 2776 C. mexicano; 1750 C. peruano; 3627 C. nicaragüense; 1990 C. hondureño; 1969 C. de la República Dominicana; 761 C. alemán; 517 C. F. S. de las Obligaciones; 730 del C. Civil de la República de China. Estos tres últimos códigos sólo exigen que el contrato de constitución de una renta vitalicia se formalice por escrito, siquiera sea bajo firma privada del obligado a prestar la renta.

Art. 2066 — Una renta vitalicia puede ser constituida en cabeza del que da el precio o en la de una tercera persona, y aun en cabeza del deudor, o en la de varios otros. Puede ser creada a favor de una sola persona o de muchas, sea conjuntamente o sucesivamente.

Ver: art. 2077 C. argentino; 1917, 1972 y 1973 C. francés; 1813 Código holandés; 1874 Código italiano; 1803 C. español; 2265 y 2266 C. chileno; 2288 y 2289 C. colombiano; 2289 y 2290 C. ecuatoriano; 2186 C. uruguayo; 1791 y 1792 C. venezolano; 2777 C. mexicano; 1749 C. peruano; 3643 C. nicaragüense; 1986 C. hondureño; 1971 y 1973 C. de la República Dominicana; 4792 C. de Puerto Rico; 1424 C. brasileño; 2259 y 2260 del Esboco de T. de Freitas; 609, 610 y 611 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2116 del Anteproyecto de Bibiloni.
Una cosa es que por el contrato se establezca en cabeza de quien se constituye la renta, y otra a beneficio de quien debe pagarla.
La indicación de la persona en cabeza de quien se constituye la renta sólo establece que ésta será pagada durante la vida de ella, pero sin derecho a percibir la renta. Ella no es parte en el contrato. Así, Pedro entrega a Juan la suma de $ 100.000:00 a condición de que le pague una renta vitalicia de $. 5.000:00 anuales en cabeza de José, o sea durante la vida de éste. Siendo así, la renta puede ser constituída en cabeza del propio deudor de ella. No se requiere que la persona en cabeza de quien se constituye la renta reuna las condiciones ordinarias o aptitud y de capacidad. Si por cabeza de la renta se han señalado dos o más personas, debe ella durar hasta que todas ellas hayan fallecido.
Suscita problemas la constitución de renta en cabeza y a beneficio de dos personas, como por ejemplo, marido y mujer, en el caso de que sólo uno de ambos fallezca. El ejemplo con que Troplong ilustra esta hipótesis es el de un marido que con dinero de la comunidad de gananciales entrega a Pedro la suma de $.

100.000:00 con la que constituye en cabeza propia y la de su esposa y a beneficio de ambos una renta anual de G. 5.000:00 por la vida de los dos. Se pregunta si falleciendo el marido, la renta quedará disminuída a la mitad y a favor de la viuda?. Pothier se decidió por la integridad de la renta. Hablando Duveyrier ante el Cuerpo Legislativo prestó su adhesión a esta doctrina y otro tanto hizo la Corte francesa de Casación en su sentencia del 18 de enero de 1230 al revocar la decisión contraria de la Corte Real de Agen. Esta jurisprudencia, dice a este propósito Troplong, me parece excelente. Una renta —agrega— es un ser metafísico, que no puede extinguirse por partes. Ella subsiste por el todo o se extingue por el todo. No existe mitad entre estos dos extremos. Tal es la razón por la cual tampoco puede una renta ser rescatada por partes, porque el rescate es un medio de extinción de la renta, una causa de resolución. Yo agrego, dice nuestro autor, que la condición de la extinción de la renta vitalicia en cuestión es el fallecimiento de las dos personas en cabeza de quienes fue constituída. Del mismo modo, la renta puede ser creada a favor de una o de varias personas. (ver: Pothier, opus cit. nº 242, pág. 520; Troplong, opus cit. ns. 242 a 247, pág. 404 y ss. Duranton, t. XVIII, nº 133, pág. 109, 4ª edición; Zachariae, t. V, parág. 747, texto y nota 7, pág. 26; Aubry y Rau, t. VI, parág. 388, texto y notas 6 y 7, pág. 82, 5ª edición Laurent, t. XXVII, nº 272 pág. 303; Huc, t. XI, nº 338, pág. 429; Baudry Lacantinerie y Wahl, opus cit. ns. 211, pág. 122 y nº 331, pág. 162; Pont, t. I, nº 692, pág. 351; etc.).

Art. 2067 — En el caso de que la renta se hubiese constituído a favor de un tercero incapaz de recibir del que ha dado el valor de ella, el deudor no podrá rehusar satisfacerla. Ella debe ser pagada al que ha dado el capital, o a sus herederos hasta el momento prescripto para su extinción.

Ver: arts. 2079 C. argentino; Duranton, t. XVIII, Nº 142, pág. 121; 2118 del Anteproyecto de Bibiloni; 1296 del Proyecto argentino de 1936.
La incapacidad del tercero a favor de quien se constituyó la renta, es asunto ajeno a la obligación del deudor de ella. Este debe servirla hasta el momento previsto en el contrato para la extinción de la renta, es decir, hasta el fallecimiento del tercero, si la renta se constituyó en cabeza de él.

Art. 2068. — Si el precio de una renta vitalicia es dado por un tercero, la liberalidad que éste, por tal medio ejerce hacia la persona a cuyo beneficio la renta es constituída, será regida en cuanto a su validez intrínseca y efectos, por las disposiciones generales relativas a los títulos gratuitos; mas el acto de la constitución de la renta no está, en cuanto a su validez intrínseca, sometido a las formalidades requeridas para las donaciones entre vivos.

Ver: art. 2072 C. argentino; 1973 C. francés; 1875 C. italiano; 1793 C. venezolano; 2778 C. mexicano; 1973 C. de la República Dominicana; 611 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2111 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936.
La relación jurídica entre el que da el precio de la renta y el que lo recibe con cargo de servir una renta vitalicia a favor de un tercero, no es donación, sino un contrato a título oneroso, siquiera de lugar a una liberalidad a favor del tercero. Esta liberalidad, por razón de la cual su beneficiario no interviene en el contrato de constitución de la renta, debe subordinarse a la forma de que el acto principal se reviste. Mientras el tercero en cuyo favor se estipuló la renta no haya aceptado la liberalidad, podrá revocarla el que dió el precio de ella, como lo preceptúa nuestro art. 1082 parág. 3º La aceptación del beneficiario de la renta no está sometida a forma alguna.
Mas si desde el punto de vista de la forma, la liberalidad escapa a las condiciones de solemnidad exigidas por nuestro art. 2065, debe sin embargo ser regida por los principios particulares que disciplinan las donaciones, si la liberalidad es hecha a favor de una persona incapaz de recibir, ó cuando la liberalidad exceda la porción disponible del donante. (Ver: Pothier, opus cit. Nº 241, pág. 519; Troplong, opus cit. Nºs. 243 a 252, pág. 410 y ss.; Zachariae, t. V, parág 747 texto y nota 6, pág. 26; Duranton, t. XVIII, Nº 141, pág. 120 etc.).

Art. 2069. — El contrato de renta vitalicia, constituída en cabeza de una persona ya muerta al tiempo de su celebración, o en la de una persona que en el mismo tiempo estaba atacada de una enfermedad de la que muriere dentro de los treinta días siguientes, será de ningún efecto, aunque las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad.

Ver: art. 2078 C. argentino; 1974 y 1975 C. francés; 1876 C. italiano; 1804 C. español; 2270 C. chileno; 2293 C. colombiano; 2294 C. ecuatoriano; 2187 C. uruguayo; 1794 C. venezolano; 1752 C. peruano; 2779 y 2780 C. mexicano; 3636 C. nicaraguense; 1991 C. hondureño; 1974 y 1975 C. de la República Dominicana; 4793 C. C. de Puerto Rico; 1425 C. brasileño; 612 y 613 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2262 del Esboço de T. de Freitas; 2117 del Anteproyecto de Bibiloni; 1295 del Proyecto argentino de 1936.
Midiéndose la duración del servicio de la renta vitalicia que el deudor debe prestar por la duración de la vida de la persona en cabeza de quien se la constituyó, ocioso es que la vida de esta persona sea de la esencia del contrato, y viva al tiempo de su celebración. La buena fe del constituyente de la renta y del comprador de la cosa, o sea del constituído deudor de la renta, o sea su ignorancia del fallecimiento de la persona en cabeza de quien se la constituye, no daría al contrato el elemento esencial que le es necesario para que tenga un principio sólido de existencia.
No bastará, empero, a la perfección del contrato que la persona por cuya vida haya de durar el servicio de la renta vitalicia, exista al tiempo de su celebración, sino que será además necesario que esa persona no se encuentra en ese momento enferma de un mal que haga inminente su muerte, porque de lo contrario, el contrato sería nulo. Nuestro artículo, como su fuente, el art. 1975 del C. francés, establece una presunción juris et de jure por la cual la suerte de la renta vitalicia queda fijada a priori al estatuir que si la persona en cabeza de quien la renta fue constituída muriere dentro de los treinta días siguientes a la celebración del contrato de la enfermedad de que padecía en ese momento, el contrato no producirá ningún efecto, aun cuando las partes hayan tenido conocimiento de la enfermedad, porque su buena fe de nada ha podido servirles para restituir al contrato su elemento esencial, menos podrían fundarse en el

conocimiento que hubiesen tenido de la enfermedad, porque, como enseña Troplong, el constituyente, so pretexto de una suerte ilusoria, se habría procurado un beneficio injusto.
Habría él obrado con intención dolosa. El contrato perdería su carácter aleatorio (ver: Pothier, opus cit. Nos 224 y 225, pág. 514; Troplong, Nº 258 a 270, pág. 422 y ss.; Zachariae, t. V, parág. 747, texto y notas, 8, 9 y 10, pág. 27; Durantón, t. XVIII, Nos 145 y 146, pág. 124 y ss., 4ª edición, etc.).

Art. 2070. — El deudor de una renta vitalicia está obligado a dar todas las seguridades que hubiere prometido, como fianza o hipoteca, y a pagar la renta en las épocas determinadas en el contrato.

Si el prometiente de una renta vitalicia no da todas las seguridades que hubiere prometido, o si hubieren disminuido por hecho suyo las que había dado, podrá el acreedor demandar la resolución del contrato, y la restitución del precio de la renta.

Esta última disposición no se aplica a la constitución de renta hecha a título gratuito, salvo el caso de que fuese carga de una donación.

Sobre ambos parágrafos, ver: arts. 2080 y 2087 C. argentino; 1877 C. italiano; 2263 del Esboço de T. de de Freitas; 1977 y 1978 C. francés; 1805 C. español; 1427 C. brasileño; 2271, 2272 y 2273 C. chileno; 2294, 2295 y 2296 C. colombiano; 2295, 2296 y 2297 C. ecuatoriano; 2190, 2191 y 2192 C. uruguayo; 1795 parág. 1º y 1796 C. venezolano; 2781, 2782 y 2783 C. mexicano; 1758 y 1759 C. peruano; 3638 y 3645 C. nicaragüense; 1992, 1993 y 1994 C. hondureño; 1977 y 1978 C. de la República Dominicana; 4794 C. de Puerto Rico; 614 y 615 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2119 y 2125 del Anteproyecto de Bibiloni; 1297 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Elemental es que siendo sinalagmático el contrato de constitución de renta vitalicia a título oneroso, y perdido para el constituyente el capital que ha dado para que la otra parte se obligue a servir la renta, e igual la ley para ambas partes, sea justo que si el deudor falta a su promesa pueda el acreedor retirar la suya, o sea demandarle por rescisión del contrato y reembolso de su capital, salvo que el deudor le dé las seguridades estipuladas.
El parágrafo 2º del presente artículo autoriza la resolución del contrato también en el caso de que el prometiente disminuyese por hecho propio la garantía que hubiese dado, decisión que aun no incluída en el art. 1977 del C. Civil francés, fue originariamente autorizada por sentencia del 25 de agosto de 1810 de la Corte de Colmar por aplicación del argumento del art. 1188 del mismo Código, según el cual: "**El deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando ha quebrado, o cuando por su culpa han sufrido depreciación las garantías dadas en el contrato a su acreedor**".
Asimilada por dicha sentencia la disminución de seguridades a su omisión, y aprobada ella por Troplong, inspirador del parágrafo 2º de nuestro artículo, pasó a ser regla uniforme en la legislación civil de casi todas las naciones del Occidente de Europa y América. La única excepción a la aplicación de esta norma es la renta vitalicia constituída a título gratuito. (Ver: autor y opus cits. Nº 289 a 291, pág. 445 y ss.; Pothier, opus cit. Nº 228, pág. 515; Zachariae, t. V, parág. 749, texto y notas 3 a 6, págs. 30 y ss.; Durantón; t. XVIII, Nº 162; pág. 143, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, parág. 390, texto y notas 5 a 8, pág. 90 y ss., 5ª edición; Laurent, t. XXVII, Nº 309, pág. 345; Huc, t. XI, Nos 351, pág. 443; Pont, t. I, Nº 734, pág. 374; Baudry y Wahl, Nº 259, pág. 131; Rouast, Savatier y Lepargneur in Planiol y Ripert, t. XI, Nº 1240, pág. 537, etc.).

Art. 2071. — En caso de falta de pago de las cuotas de rentas vencidas, el acreedor de la renta, aunque sea el propio estipulante, no puede pedir la resolución del contrato, pero puede hacer embargar y ejecutar los bienes de su deudor a fin de que con el producto de la venta se haga el empleo de una suma suficiente para asegurar el pago de la renta.

Ver. arts. 2088 C. argentino; 1978 C. francés; 1819 C. holandés; 1805 C. español; 1427 parág. 1º C. brasileño; 2271 y 2272 C. chileno; 2294 y 2295 C. colombiano; 2295 y 2296 C. ecuatoriano; 1757 C. peruano; 2191 y 2192 C. uruguayo; 1796 C. venezolano; 3646 C. nicaragüense; 1992 y 1993 C. hondureño; 2782 y 2783 C. mexicano; 1978 C. de la República Dominicana; 4794 C. de Puerto Rico; 615 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2126 del Anteproyecto de Bibiloni; 1297 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.
Tratando Troplong del art. 1978 del C. francés, fuente directa e inmediata del presente artículo, enseña que si la contumacia del deudor a dar las seguridades prometidas autoriza la demanda de resolución, como lo preceptúa el artículo anterior, la sola omisión del pago de los atrasos no podría autorizar al acreedor de la renta vitalicia a demandar el reembolso del capital y de la restitución de las cosas enajenadas. Este precepto, agrega nuestro autor, deroga el art. 1654 del C. francés, y se aparta del art. 1184 del mismo cuerpo legal, formulado para todos los contratos en general, reproducción en el art. 1066 del presente Código.
Dando Troplong por insuficientes los argumentos con que Portalis, Simeón, Duveyrier, Deluca y Delvincourt habían tratado de justificar esta excepción al derecho común, arguye a su vez que siendo aleatorio el contrato de renta vitalicia las partes han querido por él someterse a la suerte del azar, justo es que en consecuencia se deje, en lo posible, a la fortuna que resuelva esas incertidumbres, tanto más porque en tales contratos se ofrecen más inconvenientes que en los otros. El deudor ha pagado o podido pagar durante largo tiempo la renta vitalicia; y por los servicios de las rentas vencidas ha podido desembolsar una suma igual al capital, que el derecho común, aplicado a la letra, le obligaría a restituir todo entero por segunda vez. Bien se ve así lo grave que sería si se recurriese a la medida extrema de la resolución del contrato. Plausible es que el legislador haya tutelado los intereses del acreedor por medios más equitativos y más humanos.
Las partes son siempre libres de estipular el pacto comisorio, de suerte que por falta de pago de la renta pueda el acreedor recuperar su capital o el inmueble que hubiera transferido como precio de dicha renta, tal como Cambaceres lo reconoció en el Consejo de Estado al discutirse el art. 1978 del C. francés (ver autor y opus cits., Nº 304 a 310, pág. 459; Pothier, opus cit. Nº 231, pág. 516; Zachariae, t. V, parág. 749, texto y nota 9, pág. 31, 32; Duranton, t. XVIII, Nº 170, pág. 150, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, parág. 390, texto y notas 15 a 17, pág. 92 y 93, 5ª edición; Pont, t. I, Nº 749 a 763, pág. 381 y ss.; Laurent t. XXVII, Nº 317, pág. 353; etc.).

Art. 2072 — El acreedor que exige el pago de una renta vencida, debe justificar la existencia de la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituida. Toda clase de prueba es admitida a este respecto.

La obligación de pagar una renta vitalicia se extingue por la muerte de la persona en cabeza de quien ha sido constituida.

Ver: art. 2082 y 2083 C. argentino; 1983 C. francés; 1808 C. español; 2275 C. chileno; 2298 C. colombiano; 2299 C. ecuatoriano; 2193 C. uruguayo; 1756 C. peruano; 2790 C. mexicano; 3640 C. nicaraguense; 1996 C. hondureño; 1983 C. de la República Dominicana; 4797 C. de Puerto Rico, 2121 del Anteproyecto de Bibiloni; omitido en el Proyecto argentino de 1936. La razón de este precepto es evidente, porque no debiéndose la renta vitalicia sino en tanto dure la vida de la persona en cabeza de quien ella fue constituída, como está dispuesto en nuestro art. 2066, ocioso es que el acreedor deba probar su existencia para poder exigir el pago de los atrasos de las cuotas vencidas.
La evidencia de que la persona existe podría resultar de un acta notarial labrada por el interesado a presencia de testigos.

Art. 2073. — Cuando la renta vitalicia es constituída a favor de dos o más personas para que la perciban simultáneamente, se debe declarar la parte de renta que corresponda a cada uno de sus beneficiarios, y que el pensionado que sobrevive tiene derecho a acrecer.

A falta de declaración se entiende que la renta les corresponde por partes iguales, y que cesa en relación a cada uno de los beneficiarios que falleciere.

Ver: art. 2084 C. argentino; 2261 del Esboço de T. de Freitas; 2122 del Anteproyecto de Bibiloni; 1299 del Proyecto argentino de 1936. Es la doctrina sustentada por Durantón en el t. XVIII, Nº 134 y ss., pág. 111. En contra: art. 1874 C. italiano, por el que el derecho de acrecer tiene lugar de pleno derecho.

Art. 2074. — Cuando la renta vitalicia es constituída en cabeza de dos o más, a favor del que da el precio de ella o de un tercero, la renta se debe por entero, hasta la muerte de todos aquellos en cabeza de quienes fue constituida.

Ver: art. 2085 C. argentino; 2123 del Anteproyecto de Bibiloni; 1300 del Proyecto argentino de 1936. En este caso, según Durantón, suya es la doctrina en que este precepto se funda, el adquirente de la renta que la constituyó en cabeza de dos o más personas, sea la propia o la de un tercero, lo que está permitido por nuestro art. 2066, se debe entender que ha querido aumentar su duración, y no dividir el contrato, en sus efectos, a la muerte de una de ellas. (ver autor y opus cits. t. XVIII, Nº 133, pág. 109, 4ª edición).

Art. 2075. — Cuando el acreedor de una renta constituída en cabeza de un tercero, llega a morir antes que éste, la renta pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero.

Ver: art. 2086 C. argentino; 2124 del Anteproyecto de Bibiloni; 1301 del Proyecto argentino de 1936. La razón de este precepto es que la duración de la renta vitalicia no se mide por la vida del acreedor sino por el de la persona en cabeza de quien fue constituída, de suerte que siendo así, como lo es, ella no se extingue por la muerte del acreedor en tanto viva el tercero en cabeza de quien se la constituyó. Durantón señala esta circunstancia como una de las diferencias entre la renta vitalicia y el usufructo. Este se extingue con la vida del fructuario, porque es un derecho esencialmente constituido en consideración a su a su persona y duradero por su vida, no así la renta vitalicia que en la hipótesis del artículo no se extingue por la premoriencia del acreedor, sino que pasa a sus herederos hasta la muerte del tercero. (ver: autor y opus cits. t. XVIII, Nº 129, pág. 107).

Art. 2076. — La prestación periódica no puede consistir sino en dinero; cualquiera otra prestación en frutos naturales, o en servicios, será pagadera por su equivalente en dinero.

Ver: arts. 2074 C. argentino; 2241 del Esboço de T. de Freitas; 2114 del Anteproyecto de Bibiloni; 2267 C. chileno; 2290 C. colombiano; 2291 C. ecuatoriano; 2184 C. uruguayo; 3633 C. nicaraguense; 1985 C. hondureño.

Art. 2077. — La renta no se adquiere sino en proporción del número de días que ha vivido la persona en cabeza de quien la renta ha sido constituída. Pero si se ha convenido que la renta fuese pagada con anticipación, cada término es adquirido por entero por el acreedor desde el día en que el pago ha debido ser hecho.

Ver: art. 2091 C. argentino; 1980 C. francés; 1806 C. español; 2195 C. uruguayo; 1798 C. venezolano; 1880 C. italiano, 1428 C. brasileño; 1760 C. peruano; 3639 C. nicaraguense; 1997 C. hondureño; 1980 C. de la República Dominicana.

Art. 2078. — Será nula toda cláusula de no poder el acreedor enajenar su derecho a percibir la renta.

Ver: art. 2075 C. argentino; 2242 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2115 del Anteproyecto de Bibiloni; 1292 del Proyecto argentino de 1936.
La razón es obvia: la renta vitalicia no es igual al derecho de usufructo, eminentemente personal, que se extingue con la vida del fructuario. Es un crédito que en la renta vitalicia a título oneroso, es objeto de una compra, del cual el titular o acreedor de la renta puede disponer libremente, como cualquier otro derecho patrimonial que está en el comercio.

Art. 2079. — El deudor de la renta, salvo pacto en contrario, no puede liberarse del pago de dicha renta ofreciendo el reembolso del capital, aun cuando renuncie a la repetición de las anualidades pagadas.

Está él obligado a pagar la renta por todo el tiempo por el cual ha sido constituída, por muy gravosa que haya llegado a ser la prestación.

Ver. 1979 C. francés; 1879 C. italiano; 2271 segunda parte C. chileno; 2294 segunda parte C. colombiano; 2295 segunda parte C. ecuatoriano; 2191 segunda parte C. uruguayo; 1797 C. venezolano; 1759 C. peruano; 1992 parág. 2º C. hondureño; 1979 C. de la República Dominicana. Contra: art. 2767 C. de Luisiana. Omitido en el C. argentino, en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936.
El reembolso del capital que dice nuestro artículo es lo que los franceses llaman "faculté de rachat", o en romance: "derecho a rescate", que por derecho francés se reputa condición implícita de la renta perpétua, pero no de la renta vitalicia.
Muerto el capital aplicado a la adquisición de la renta vitalicia, no podría admitirse que el deudor de esta renta pueda rescatarla por el reembolso del capital sin invertir las combinaciones constitutivas del contrato, y frustrar los riesgos o la suerte recíproca de ganancias de las partes. No debe el constituyente privar al comprador las ventajas de la renta, so pretexto de serle onerosa. Si el azar ha apresurado la muerte del acreedor de la renta, habría él realizado una ganancia de que nadie puede privarle. Por consiguiente sería injusto que el constituyente prive al acreedor de la renta de los beneficios que le promete la suerte contraria. Tal es el razonamiento con que Troplong justifica este precepto.
Vanamente, agrega nuestro autor, se ha arguído que la longevidad del acreedor de la renta le ha puesto al constituyente en la necesidad de pagar en cuotas mucho más de lo que ha recibido en capital, de suerte que siendo así ha sufrido una lesión. Mas, la lesión en un contrato, dice Troplong, se juzga ab initio, y no por consecuencia de acontecimientos inciertos o imprevistos. Ahora bien, en el momento de la celebración del contrato, la suerte o riesgos eran iguales para ambas partes, situadas así en un pie de reciprocidad perfecta.
Vanamente aún, continua Troplong, ofrecería el deudor renunciar la repetición de las cuotas pagadas: esta oferta no agregaría nada a su derecho. El acreedor ha tenido una justa causa para percibirlas, y no se le haría favor alguno con dejárselas.
Si el deudor incurriere en quiebra, la masa de acreedores que lo representa, tampoco podría rescatar el capital, por oneroso que el servicio de la renta sea para ella.
Nada obsta, empero que por un pacto especial convengan las partes que el deudor de la renta puede rescatar el capital. (ver autor y opus cits. Nºs 320 a 327, pág. 473; Zachariae, t. V, parág. 749, texto y notas 10 y 11, pág. 32; Duranton, t. XVIII, Nº 172, pág. 153, 4ª edición; Aubry y Rau, t. V, parág. 391, texto y notas 25 y 26, pág. 95, 5ª edición; Laurent, t. XXVII, Nº 292 y 293, pág. 330 y ss.; Pont, opus cit. t. I, art. 1979, pág. 389; Huc, t. XI, Nº 357, pág. 452; Baudry Lacantinerie y Wahl, opus cit. Nºs. 335 a 338, pág. 163; Rouast, Savatier y Lepargneur en Planiol y Ripert, t. XI, Nº 1237, pág. 534, etc.).

Art. 2080. — Si el que paga la renta vitalicia ha causado la muerte del acreedor o la de aquel sobre cuya vida ha sido constituída, debe devolver el capital al que la constituyó o a sus herederos.

Ver: arts. 2791 C. mexicano; 3647 C. nicaraguense; 1782 C. peruano. Sin antecedente en los otros códigos.

TITULO XLII

DEL JUEGO Y DE LA APUESTA

Art. 2081. — El contrato aleatorio es una convención recíproca cuyos efectos, en cuanto a las ventajas o pérdidas, dependen para todas las partes, o para una o varias de ellas, de un acontecimiento incierto.

Ver: art. 2051 C. argentino; 1964 C. francés; 2951 C. de Luisiana; 1537 C. portugués; 1323 C. boliviano; 1857 C. guatemalteco; 1972 C. hondureño; 1964 C. de la República Dominicana; 2270 del Esboço de T. de Freitas; 2097 del Anteproyecto de Bibiloni; 1278 del Proyecto argentino de 1936.
Aun omitida esta definición en los otros Códigos, la conservamos, no tanto por su necesidad, desde que la doctrina podría suplir con ventaja el blanco que dejásemos respecto de su significado y naturaleza, sino por respeto a la larga tradición que el C. argentino tiene en su haber entre nosotros, y porque su inserción aquí no teñirá de singularidad al presente Código, incluído, como está en gran parte de los códigos americanos.

Cuatro son los contratos aleatorios señalados por el art. 1964 del C. francés: el de renta vitalicia, disciplinado en el Título anterior; el de juego y apuesta de que vamos a tratar; el de préstamo a la gruesa, dependiente del Derecho Marítimo y el contrato de seguro de que oportunamente nos ocuparemos.
Todos estos contratos implican el interés de las partes, en lo que se aproximan a los contratos conmutativos y se alejan de las liberalidades, como la donación. Difieren, de los contratos conmutativos en que, en éstos existe una cosa dada equivalente a la cosa recibida, al paso que en los aleatorios la cosa recibida no es sino el precio del riesgo corrido por la persona que recibe. Bien dice Troplong, a este propósito, que lo que por ellos, se vende y se compra, es el riesgo. Así, cuando por temor al siniestro que una persona puede sufrir en su mercadería por incendio, naufragio u otro accidente, se estima en dinero el precio del riesgo que ella prefiere correr para verse libre de otro peligro. El asegurado que paga para ser preservado del daño, es el comprador, y el asegurador que recibe el precio, es el vendedor del riesgo. (ver autor y opus cit. Nº 1 a 6, pág. 222).
Pothier divide en dos especies estos contratos: 1º) el de aquellos por los cuales sólo una de las partes es la que se expone a un riesgo en provecho de la otra que le paga o se obliga a pagarle un precio en dinero por este riesgo, sin que ella se exponga recíprocamente a ningún peligro, como es el contrato de seguro; y 2º) el de aquellos contratos por los cuales cada una de las partes asume recíprocamente un riesgo que es el precio del riesgo de la que la otra se hace cargo, tal como el contrato de renta vitalicia, y el juego y la apuesta. (ver autor y opus cit. in Oeuvres, t. V, Nº 2, pág. 365).

Art. 2082. — La ley no acuerda acción por deudas de juego o de apuesta, con excepción de las que provengan de juegos que constituyen ejercicios corporales, como el de pelotas, la esgrima, la carrera a pie o a caballo autorizada o en carros, u otros juegos deportivos.

Excediendo la deuda de juego no prohibido de la vigésima parte de la fortuna del deudor, el juez reducirá a este límite la acción del acreedor.

Ver: arts. 2055 y 2056 C. argentino; 1965 C. francés; 1825 y 1826 C. holandés; 2952 C. de Luisiana; 1800 C. español; 1324 segunda parte y 1325 C. boliviano; 762 parág. 1º C. alemán; 513 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 1477 parág. 1º C. brasileño; 1542 parág. 1º C. portugués; 2260 parágs. 1º y 2º C. chileno, 2283 parágs. 1º y 2º C. colombiano; 2284 parágs. 1º y 2º C. ecuatoriano; 2169 C. uruguayo; 1801 parág. 1º y 1802 venezolano; 1863 C. guatemalteco; 1768 C. peruano; 2764 y 2767 C. mexicano; 3610 y 3611 C. nicaragüense; 1980, 1983 y 1984 C. hondureño; 1965 y 1966 C. de la República Dominicana; 4771, 4773 y 4774 C. de Puerto Rico; 2272 del Esboço de T. de Freitas; 610 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 619 y 620 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2098 del Anteproyecto de Bibiloni; 1279 y 1286 del Proyecto argentino de 1936.
El único Código que niega acción para el pago de una deuda de juego o de apuestas, aun cuando se trate de juego o de apuesta no prohibidos, es el italiano de 1942 (art. 1933 parág. 1º), siquiera exceptuando de la aplicación de esta norma las demandas provenientes del resultado de juegos de adiestramiento para el manejo de las armas, las carreras de toda especie y cualquier otra competencia deportiva. Quedan así siempre excluidas las deudas provenientes de apuestas. Viene de aquí que la doctrina italiana haya establecido el criterio distintivo entre juego y apuesta, haciéndolo consistir el primero en un elemento objetivo: el riesgo que es un acontecimiento futuro; y en el segundo, en un acontecimiento pasado, o en el hecho de que el contrato está completamente subordinado a un acontecimiento incierto.
El juego, enseña Messineo, implica una actividad de las partes (respecto del evento de cuya sustancia depende la atribución de la "postura" (suma de dinero o cosa) a una de las partes, y, además, una actividad (específica) dirigida a divertir o a adiestrar físicamente a los participantes, mientras que la apuesta no implica ninguna actividad de las partes y el resultado no depende de ella.
Con referencia a un elemento subjetivo, —agrega nuestro autor— se ha situado, por el contrario, la diferencia, en la circunstancia de que, en el juego, es incierto objetivamente el hecho y no solamente la noticia del mismo, mientras que la apuesta consistiría en hacer depender el resultado (o sea la atribución de la victoria) de la circunstancia de que resulte exacta una afirmación (o previsión, o pronóstico, u opinión), y no otra, sobre un argumento acerca del cual los que participan en la apuesta tienen disparidad de convicción, o bien en el hecho de que, en el juego, el motivo que mueve a las partes es el propósito de lucro y de diversión y, en la apuesta, estaría representado por el deseo de ver afirmada como justa, la propia opinión.
La distinción entre juego y apuesta no puede negarse. Se da juego sin apuesta, como en el juego realizado por pasatiempo; y apuesta sin juego, como la que tiene su origen en la divergencia de opinión.
El juego a que se refieren los arts. 1933 y 1934 del C. italiano es el juego de un interés. El juego desinteresado está relegado a las reglas sociales. (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 162, Nos. 1 y 2 pág. 195).
Cuanto al in fine del presente artículo, nos apartemos del antecedente de los arts. 2056 del C. argentino y 1966 in fine del C. francés, por los que tratándose de las deudas de juego no prohibidos se autoriza al juez a desechar la demanda cuando la suma le parezca excesiva; regla que por el art. 2098 del Anteproyecto de Bibiloni y 1286 del Proyecto argentino de 1936, sería modificada en el sentido de autorizar al juez a moderar o desestimar las demandas siempre que las creyera excesivas. Estimando nosotros que no debe dejarse en lo general a los jueces margen para proceder a una apreciación arbitraria de las circunstancias para resolver el derecho, optamos por limitar la acción del acreedor a no más del vigésimo de la fortuna del deudor, como lo estatuye el art. 2767 del C. mexicano.

Art. 2083. — La deuda de juego o de apuesta prohibidos no puede compensarse, ni ser convertida por novación o transacción en una obligación civilmente eficaz.

En caso de reconocimiento escrito de éstas, el deudor conserva, a pesar de la indicación de otra causa de la obligación, la excepción del artículo anterior y puede probar por todos los medios la ilicitud de la deuda.

Ver: arts. 2057 y 2058 C. argentino; 2777 y 2778 C. mexicano; 2170 y 2171 C. uruguayo; 1477 parág. 2º C. brasileño; 3612 y 3613 C. nicaragüense; 514 parág. 1º C.F.S. de las Obligaciones; 2273 del Esboço de T. de Freitas; 2099 del Anteproyecto de Bibiloni; 1279 parte 2ª del Proyecto argentino de 1936.
Si las deudas de juego o apuesta prohibidos no confieren acción para exigir su cumplimiento, ocioso es que no puedan ser compensadas, ni convertidas por novación o transacción en obligaciones civilmente eficaces, porque estas tres operaciones suponen deudas válidas y legalmente subsistentes. Tales deudas contraídas como medio de especulación y de ganancia, ponen a las partes en presencia la una de la otra, no para una reciprocidad de servicios y con un fin útil, sino para dividirles, desearse mala suerte y

maldecirse, por todo lo cual, como dice Troplong, son indignas de la protección del legislador. Su causa es ilícita. Tal es la razón por la cual, si no obstante la ilicitud de su causa, el deudor libra a favor del que obtiene la ganancia un reconocimiento escrito de su deuda, u otro documento de obligaciódn como un pagaré a la orden que el acreedor ha podido transferir a un tercero de buena fe, no pueda tal instrumento merecer la sanción de la justicia, y se halle por consiguiente expuesto a la excepción del artículo anterior y a todas las pruebas con que el deudor pueda evidenciar la ilicitud de su causa. El documento a la orden librado por el perdedor no es pago, sino una promesa de pago. (ver Troplong, **Des Contrat Aléatoires**, Nºs. 58 á 61, pág. 253 y ss. y Pont, **Des Contrat Aléatoires**, Nº 645, pág. 319; Aubry y Rau, t. VI, parág. 386, texto y nota 11, pág. 68, 5ª edición; Pothier, **Traité du Contrat du Jeu, in Oeuvres**, t. V, Nº 50, pág. 384; Zachariae, t. V, 745, texto y nota 1, pág. 21; Duranton, t. XVIII, Nº 104, pág. 83, 4ª edición; etc.).

Art. 2084. — Si una obligación de juego o apuesta hubiere sido revestida como título a la orden, el firmante debe pagarla al portador de buena fe; pero tendrá acción para repetir su importe del que recibió el billete. La entrega de él no equivaldrá a pago que hubiere hecho. El deudor puede oponer la excepción al cesionario de documento que no sea a la orden.

Ver, arts. 2059 C. argentino; 2769 y 2770 C. mexicano; 2171 y 2172 C. uruguayo; 1769 C. peruano; 3613 y 3614 C. nicaraguense; Aubry y Rau, t. VI, parág. 386 texto y notas 11 a 14, pág. 68, 5ª edición;, Pont, opus. cit. I, Nº 642, pág. 347; 2100 del Anteproyecto de Bibiloni; 1281 del Proyecto argentino de 1936.
Mero desarrollo este precepto del anterior, faculta al suscritor del documento a la orden, entregado en pago, al que ganó el juego, a reclamar por vía de acción la restitución de la letra por él suscrita, no sólo por razón de la ilicitud de la causa, sino además porque su entrega no importa pago, ni novación.
Protegida la buena del tercero que adquirió el pagaré a la orden del que ganó el juego, niega la doctrina que el suscritor pueda oponer al tercero de buena fe la excepción de juego, y le obliga a pagarle el importe de la letra, sin perjuicio de su acción de repetición contra el beneficiario del documento. En cambio, la excepción procede contra el tenedor de mala fe de la letra, lo mismo que contra el cesionario de un documento de obligación que no sea a la orden. El deudor conserva todas las excepciones personales y reales que le competen contra el cedente y especialmente la excepción de nulidad del título de una deuda de juego, aun cuando al ser notificado de la cesión de crédito no haya hecho reserva alguna. (ver Aubry y Rau, t. IV, parág. 359, texto y notas 50 a 55, pág. 225, 5ª edición; Huc, t. XI, Nº 311, pág. 389; Baudry Lacantinerie, y Wahl, t. XXIV, Nºs. 28, pág. 13 y Nº 107, pág. 51 y Nº 105, pág. 65 etc.).

Art. 2085. — Son equiparados a juego prohibido, sometiéndose, como tales a lo dispuesto en los artículos antecedentes, los contratos que versando sobre la entrega de mercaderías o valores mobiliarios, fueren celebrados con la intención de limitarlo al pago de la diferencia entre el precio convenido y el que obtengan aquéllos en la Bolsa o mercado, al tiempo establecido para la entrega. La misma regla se aplicará cuando sólo una de las partes hubiere tenido ese propósito, siempre que fuere conocido por la otra o que ésta debiere conocerlo.

Ver: arts. 764 C. alemán; 1479 C. brasileño 1235 del Proyecto argentino de 1936; 512 parág. 2º C.F.S. de las Obligaciones; 2278 del **Esboço** de T. de Freitas; 611 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.
Trátase de un juego de apuesta sobre la diferencia de cotización de mercaderías a valores mobiliarios entre el momento de la celebración del contrato y la fecha señalada para el pago de la diferencia o para la entrega de la mercadería, al que en Alemania se le llama **Differenzgeschäft**, el cual no debe ser confundido con la venta a término (**Termingeschäft**), la cual consiste en una operación de Bolsa (**Borsentermingeschäft**), por la que las partes especulan sin duda sobre la diferencia de precio, pero con la intención de proceder, al vencimiento del término, a la entrega efectiva de mercaderías o valores. Es una venta seria. En cambio, en el contrato de diferencias de que se ocupa nuestro artículo, tal intención no existe. Las partes sólo contemplan el pago de la diferencia de precios abstracción hecha de toda entrega. Es una **venta ficticia**, imagen de una venta a término que, en realidad, disimula un simple juego o apuesta. Su equiparación a éstos es obra de la jurisprudencia de los tribunales alemanes. (ver: Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény etc., in **Code Civil Allemand**, t. II, pág. 293; Enneccerus, Derecho de Obligaciones, vol. II, Doctrina Especial, parág. 187, II, pág. 458).
Viene de aquí que Huber, compilador del C. Federal suizo de las Obligaciones, distinga la **venta diferencial pura** y la **venta diferencial disimulada**.
Tiene lugar la primera cuando las dos partes celebran una convención en virtud de la cual la parte perdedora debe pagar a la otra en una fecha determinada la diferencia existente entre el precio estipulado por una mercadería, y el precio de Bolsa o de mercado. Y tiene lugar la segunda cuando las dos partes concierten bajo la forma de un contrato de entrega fija, y por el cual excluyan expresa o tácitamente los derechos y las obligaciones que resultarían de la ejecución efectiva de la venta y del pago del precio, de tal suerte que el verdadero objeto del contrato es en realidad la diferencia que podría producirse entre el precio convenido y el precio del mercado o de la Bolsa en el momento fijado para la entrega.
Esta definición, dicen Schneider y Fick, muestra la diferencia existente entre la venta diferencial y la venta. Esta tiene por fin la adquisición de la propiedad de una cosa. La venta diferencial sólo mira a la obtención de un beneficio al favor de las fluctuaciones del precio de venta. Y como la fijación del precio depende del azar (condiciones metereológicas etc.), o de medios de una lealtad criticable (maniobras de Bolsa), la venta diferencial puede ser considerada como una especulación dependiente del azar. (ver: autores y opus cits. t. I, Nºs. 27 a 38, pág. 942 y ss.; Rossel, opus cit. t. I, Nº 936, pág. 609 y ss.; Bevilaqua, opus cit. V, pág. 230).
La equiparación de la venta diferencial al juego prohibido no es novedad legislativa. Era conocida en Alemania antes de la sanción del Código Civil del Imperio, lo mismo que en Suiza antes de la compilación del Código Federal de las Obligaciones y en el Brasil bajo la ley Nº 554 del 16 de diciembre de 1895. Y T. de Freitas, de cultura jurídica germana, bajo Pedro II, lo estatuyó por el art. 2278 de su **Esboço**, como "**negocio de agiotaje prohibido**".
La parte in fine de nuestro artículo, es conforme con las decisiones de la jurisprudencia suiza, según la cual la sanción por él establecida no se aplicará cuando sólo una de las partes hubiere tenido el propósito de especular con la diferencia de precio de la mercadería, y la otra parte no lo supiere o no hubiere estado en situación de saberlo.

Art. 2086. — Se consideran deudas de juego o apuestas no sólo las que resultan directamente de ellos, sino también las contraídas con un mandatario que, a sabiendas, ha servido de intermediario en las operaciones de juego, o con uno de los jugadores por adelantos hechos en la partida.

Ver. arts. 2061 C. argentino; 2101 del Anteproyecto de Bibiloni; 2180 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936. Prohibido el juego, el mandato para jugar es nulo, y como tal no engendra acción. Bien dijo Ulpiano: **Rei turpis nullum mandatum est. Et ideo hac actione non agitur.** Mal, pues, podría el mandatario constituído para jugar, accionar por vía de repetición de lo que perdió en el juego contra su mandante. Así, el agente de cambio que en ejecución de un mandato apuesta en la Bolsa a la suba o a la baja de títulos de la deuda pública, no puede repetir de su mandante lo perdido (ver: Troplong, opus cit. Nos. 73 y 74, págs. 266 y 267).
El que acepta de otro el mandato de jugar o apostar en su nombre, o sea, de intervenir con conocimiento de la ilicitud de una transacción, dice Pont, se asocia a los riesgos y peligros del juego o la apuesta, y si paga al ganador, aunque sea en ejecución de un segundo mandato, no puede ser admitido a ejercer una acción de repetición contra su mandante, porque el segundo mandato no es sino la consecuencia del primero, inficcionado del mismo vicio, tal como la Corte de Casación de Aix lo decidió por su sentencia del 26 de febrero de 1845 (ver autor y opus cits. Nº 650, pág. 322 y ss.; y Aubry y Rau, t. VI, parág. 386, 1º, texto y nota 3, pág. 66, 5ª edición).

Art. 2087. — No son deudas de juego las obligaciones contraídas para procurarse los medios de jugar o de apostar con un tercero extraño al juego, ni los préstamos hechos por uno de los jugadores después del juego para abonar lo perdido a otro de la partida. Tampoco lo son las sumas adeudadas a un mandatario que no fue intermediario, encargado de abonar lo perdido.

Ver. arts. 2060 C. argentino; 2102 del Anteproyecto de Bibiloni; 1280 in fine del Proyecto argentino de 1936. Tropiong estima que en la hipótesis del préstamo hecho por un tercero desinteresado, no existe el motivo desfavorable para negarle la acción de repetición, porque él sólo ha querido acudir en socorro del perdedor que tiene así el honor de pagar su deuda, quien no debe hacer soportar el peso de su obligación al amigo que generosamente le ha prestado dinero (ver autor y opus cits. Nº 68, pág. 263; Aubry y Rau, t. VI, parág. 386, 1º, texto y notas 5 a 7, pág. 67, 5ª edición; Pont, opus cit. Nº 649, pág. 322).
El presente artículo, trasegado del Anteproyecto de Bibiloni, corrige la redacción del art. 2060 del C. argentino.

Art. 2088. — El contrato de lotería será obligatorio cuando esté autorizado por el Estado. En el caso contrario se le aplicarán las disposiciones precedentes. El contrato de rifa y el de apuesta por caballos de carrera, son equiparados al de lotería.

Los billetes de loterías extranjeras no pueden venderse en el territorio nacional, salvo expresa autorización del Estado.

Ver: arts. 763 C. alemán; 515 C.F.S. de las Obligaciones; 512 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 622 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2772 y 2773 C. mexicano; 2181 C. uruguayo; 2069 C. argentino; 3624 C. nicaragüense; 2281 del Esboço de T. de Freitas; 1773 C. peruano.
Por el contrato de lotería, dice Enneccerus, el empresario de ella toma a su cargo, a cambio de una postura que se le ha de pagar, la obligación de dar al ganancioso cierto provecho que se determinará dentro de la esfera de los postores por sorteo o de otra manera (por ejemplo, por los dados, por los naipes, por el resultado de la carrera de caballos, etc.). Las ganancias pueden estar determinadas de antemano o resultar sólo en virtud del número de partícipes y del curso del juego.
Las loterías son o bien loterías en sentido estricto, esto es, sorteo de dinero, o bien rifas que pueden referirse a cosas de las clases más distintas (ver: autor y opus cits. vol II, parág. 187, pág. 457).

Art. 2089. — Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una partición legítima, y en el segundo los de una transacción.

Ver: arts. 2068 C. argentino; 2279 segunda parte del Esboço de T. de Freitas; 1480 C. brasileño; 2179 C. uruguayo; 2771 C. mexicano; 1774 C. peruano; 3623 C. nicaragüense; 2106 del Anteproyecto de Bibiloni; 1287 del Proyecto argentino de 1936.
Refiriéndose Bevilaqua a esta apelación a la suerte para poner fin a las dudas jurídicas existente entre las partes, dice que es la sentencia del acaso, una reminiscencia de los juicios de Dios, las ordalías a que en la remota antigüedad se sometían los acusados. Si el mismo medio se emplea para partir in situ el lote que a cada condómino debe corresponder en un inmueble indiviso, habrá partición y no juego. (ver autor y opus cits. t. V, pág. 231).

Art. 2090. — El que ha pagado voluntariamente deudas de juego o de apuestas, no puede repetir lo pagado, aunque el juego sea de la clase de los prohibidos.

Exceptúase el caso en que hubiera dolo o fraude de parte del que ganó en el juego.

Habrá dolo en el juego o apuesta, cuando el que ganó tenía certeza del resultado, o empleó algún artificio para conseguirlo.

Cuando ha habido d o l o o fraude del que perdió, ninguna acción será atendida.

Sobre los dos primeros parágrafos, ver: arts. 2063 y 2064 C. argentino; 1967 C. francés; 2953 C. de Luisiana; 1801 a contrario C. español; 1326 C. boliviano; 2260 parág. 3º C. chileno; 2284 parág. 3º C. ecuatoriano; 2176 C. uruguayo; 1803 C. venezolano; 3618 C. nicaraguense; 1980 C. hondureño; 1967 C. de la República Dominicana; 4771 C. de Puerto Rico; 621 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos. **En contra:** 2283 parág. 3º C. colombiano, por el que se autoriza la repetición de lo pagado por deuda de juego; y 2765 C. mexicano por el que se estatuye que **"el que paga voluntariamente una deuda procedente de juego prohibido, o sus herederos, tienen derecho de reclamar la devolución del 50% de lo que se pagó. El otro cincuenta por ciento no quedará en poder del ganancioso, sino que se entregará a la Beneficencia Pública".**

La disidencia de estos dos últimos Códigos respecto a la ley uniforme de los otros códigos, replantea en nuestros días la vieja controversia acerca de la cuestión de saber si el que pierde puede o no repetir lo pagado, de que hay menuda y rica información en la obra de Troplong (**Des Contrat Aléatoires**, Nº 171 a 203, pág. 344).

"El Derecho romano autorizó la repetición de lo que se había pagado por deuda de juego, porque, en principio, dice nuestro autor, no se acordaba acción a lo que se había pagado **ob turpem causam**. La Ley 3, Lib. XII, Tít. V del Digesto, atribuida a Paulo reza: "**Ubi autem et dantis, et accipientis turpitudo versatur, non posse repetit dicimus, veluti si pecunia detur, ut male judicetur**", o en romance: "Cuando hay crimen de parte del que da y de parte del que recibe, no hay lugar a repetición de la suma dada, por ejemplo, si alguno ha dado dinero para que se dicte a su favor una sentencia injusta".

"A esta decisión llegaron los jurisconsultos romanos por vía del raciocinio lógico. Puestos a elegir entre dos males, optaron por el menor. El partido preferible es el que encierra menos iniquidad. Cuando en virtud de un contrato ilícito por ambas partes, algo se ha pagado, se acuerde la repetición o se la niegue se dará siempre con un inconveniente. Si se la acuerda, ¿no sería inicuo que el que dió dinero para cometer una mala acción pueda repetirlo, siendo merecedor de la pena de esta complicidad? Y si se la niega, ¿no se estimula al que ha recibido el dinero, sin embargo de haber herido la honestidad pública? Sopesados los inconvenientes de ambas soluciones, se ve que los más débiles están de lado de la retención. Toda acción en juicio se funda sobre el derecho; pero la retención se funda sobre el hecho y la ocasión, y, por ejemplo, sobre la falta de derecho del que demanda. De aquí la regla: **In pari causa, potior est causa possidentis.**

"Y bien, exclama Troplong, ¿se puede consentir en abrir el santuario de la justicia a aquel que, en vez de alegar su buen derecho, sólo puede alegar su mala acción y su propia torpeza? No. La equidad y el orden público se niegan a ello. Que por consiguiente queden las partes en el estado en que los hechos las ha colocado y sean regidas por los hechos, y no por el derecho que ellas han pisoteado.

"Ocurre, empero, que a lo que parece no eran estas ideas aplicables al pago de las deudas contraídas en el juego del azar, según el propio Paulo un otro pasaje del Digesto nos lo enseña. Buscando solución a esta nueva dificultad creyó Accursio dar con ella al decir que la repetición es negada por las leyes en el caso en que os he dado alguna cosa para hacer el mal; pero si yo os he dado esta cosa al contratar con vos, aun cuando la ley reprueba el contrato, la repetición debe ser ejercida. Troplong, empero, discrepante de Accursio, juzga que si la ley autoriza la repetición en nuestro caso particular, es a título de pena y por prestar ayuda al senatusconsulto que prohibía apostar dinero en ciertos juegos. ¿Qué ocurriría, pregunta Troplong, si la repetición no fuera acordada? El juego sería estimulado, y los jugadores habrían encontrado en su contravención una ocasión de ganar dinero, y esto contra la prohibición del senatusconsulto. Cujas declara que la repetición ha sido admitida por odio al juego y por una singular excepción. Justiniano agregó a este medio represivo el derecho de las ciudades a subrogarse en el derecho de repetición descuidado por el perdedor y sus herederos.

Advierte luego Troplong que "en Francia jamás se observó la ley romana que autoriza la repetición de las sumas perdidas y pagadas en el juego.

Dejando de lado la historia de las disputas de doctrina acerca de esta cuestión, mantenidas por los partidarios de la no repetición, como Voët, Scaccia, Pothier, por una parte y los teólogos, por la otra; las alternativas suscitadas por el art. 138 de la Ordenanza de enero de 1629; el parecer del tribunal de los mariscales de Francia, jueces en cuestiones de honor, favorable a la acción de repetición limitada a 1.000 libras por deudas de juego; los desconcertantes argumentos con que Portalis, Simeon, y Boutteville fundaron el art. 1697 del Código francés, concluye haciendo una distinción. "Si el juego, dice nuestro autor, no excede de los justos límites, es un contrato lícito; tiene una causa real y honesta. El obliga naturalmente y Pothier ha llevado sobre él la claridad de la evidencia. Nada impide que dos partes se den una cosa subordinada a una condición casual. Intrínsecamente hay en ello todas las condiciones de un contrato válido: equidad, igualdad, voluntad libre etc. Bien ha hecho el Código Civil en no pronunciar en términos absolutos la nulidad de las convenciones ajustadas por juego y ha tenido gran razón de no decir con la Ordenanza de 1629 que esas convenciones no producen obligación civil ni natural alguna. En gran número de casos, el juego es permitido. Es una necesidad de nuestra naturaleza y una satisfacción de que el espíritu y el cuerpo tienen necesidad. Ejercido por personas honestas, en proporciones que no perturben sus facultades, nada hay que la razón y la buena fe no aprueben. Si por consiguiente la ley no da acción en juicio a las deudas de juego, esto se explica, porque, como bien decía Portalis, después de Pothier, los entretenimientos no deben ser transformados en actos de comercio. Pero la obligación natural no lo es menos.

"Si el juego es desordenado, agrega Troplong, merece todas las calificaciones de Portalis, y confieso que no comprendo a Pothier quien, después de demostrar todo lo que hay de deshonesto en sus fines, todo lo que de malo ha prestado de la avaricia, de la pasión, del desarreglo, lo eleva sin embargo al rango de obligaciones naturales. Cuando el juego es una especulación interesada, no es la razón, móvil regular de los contratos, la que conduce, sino la pasión. Los jugadores no son sanos de espíritu; ceden a un loco adiestramiento; confían a los azares de la fortuna su patrimonio y su existencia. Entonces el contrato deviene ilícito; él es contrario a las costumbres, no engendra obligación natural; un tercero no puede afianzarlo.

"A la verdad, el legislador deja subsistir los efectos voluntarios que las partes le han dado por una libre ejecución. Pero ¿por qué? Y ¿por qué razón, contraria a las leyes de Roma, no permite al perdidoso repetir lo que ha pagado? Porque él no podría invocar la ley que ha desconocido; porque colocado entre su torpeza, como jugador, y su indignidad, como avaro, no es admisible a ser escuchado.

"Así, los textos del Código Civil, se prestan a la una como a la otra hipótesis. Están redactados sabiamente, y de manera a ceder a las exigencias de las circunstancias". (ver: Aubry y Rau, t. VI, parág. 386, texto y notas, 17 bis a 18 quater, pág. 70 5ª edición; Zachariae, t. V, parág. 745, texto y nota 10, pág. 23; Duranton, t. XVIII, Nº 115, pág. 91, 4ª edición; Pont, t. I, Nº 652, pág. 326 etc.).

Las únicas excepciones a la regla que nos ocupa son los casos en que el ganancioso hubiese obtenido el provecho del juego al favor de maniobras dolosas o fraudulentas. Habrá dolo, agrega nuestro artículo, cuando el que ganó tenía certeza del resultado, o empleó algún artificio para conseguirlo. (ver: art. 2275

parág. 1º del Esboço de T. de Freitas y 2061 del C. chileno; 2284 C. colombiano; 2285 C. ecuatoriano; 2175 parág. 2º C. uruguayo; 3619 C. nicaragüense; 1960 C. hondureño; etc.).
El dolo o fraude del que perdió en el juego, a nadie perjudica. Siendo así, mal podría invocarlo el perdidoso con la intención de repetir lo perdido. Nadie puede fundar derecho en su propia culpa. (ver: art. 2175 parág. 2º del Esboço de T. de Freitas).

Art. 2091. — Si el perdidoso no tuviere capacidad para hacer un pago válido, pueden sus representantes reclamar lo pagado, no sólo de aquellos que ganaron, sino también de aquellos en cuyas casas tuvo lugar el juego, siendo unos y otros considerados como deudores solidarios.

Ver: arts. 2067 C. argentino; 2276 del Esboço de T. de Freitas; 2262 C. chileno; 2285 C. colombiano; 2286 C. ecuatoriano; 2177 C. uruguayo; 3522 C. nicaragüense; 1980 in fine C. hondureño; 2104 del Anteproyecto de Bibiloni; 1283 del Proyecto argentino de 1936; Troplong, opus cit. Nº 199, pág. 369; Aubry y Rau, t. VI, parág. 386, texto y nota 22, pág. 72, 5ª edición; Durantón, t. XVIII, Nº 117, pág. 94, 4ª edición; etc.).
El incapaz que no puede vender, no tiene capacidad para hacer un pago válido. Viene de aquí su derecho a repetir lo pagado por razón de juego o apuesta.

Art. 2092. — El tercero que sin mandato hubiere pagado una deuda de juego o apuesta, no goza de acción alguna contra aquél por quien hizo el pago.

Ver: art. 2062 C. argentino; Troplong, opus cit. Nº 72, pág. 266; Aubry y Rau, t. VI, parágrafo 386, nota 5, pág. 67, 5ª edición; Pont, t. I, Nº 649, pág. 322 etc.
No habría dificultad alguna, dice Pont, si el que hizo el pago como gestor de negocios hubiese contado con el asentimiento del perdedor. Mas fuera de esta hipótesis el perdidoso puede negarse a restituir al tercero la suma que sin su consentimiento pagó al que ganó en el juego, porque no puede haber gestión de negocios sobre objetos ilícitos. (ver: Segovia, t. I, nota 12, pág. 560, 1ª edición).

TITULO XLIII

CONTRATO DE SEGURO

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 2093. — El contrato de seguro es aquel por el que la empresa aseguradora, por una prima pagada por el asegurado, se obliga a indemnizar a éste, sus habientes causas ó al tercero indicado por él en los límites convenidos, el daño que sufra a consecuencia de una desgracia, como muerte, incendio, naufragio, accidente de transporte u otro semejante cuyo riesgo asumiere aquella, o a pagarle un capital o una renta al producirse el evento previsto en relación a la vida humana.

Ver: arts. 1882 C. italiano; 492 de nuestro C. de Comercio; 1º Ley alemana del 30 de junio de 1908; 1º Ley mexicana del 25 de agosto de 1935; 1º del Proyecto argentino del doctor Pedro E. Tórrez; 1º y 184 in fine del Proyecto argentino del doctor Isaac Halperin.
El contrato de seguro es consensual, sinalagmático perfecto, oneroso, esencialmente aleatorio, y de ejecución continuada. Lo primero, porque se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de que el acuerdo sea precedido de un hecho material. No es contrato real, subordinado a la entrega de una cosa. Sinalagmático porque las obligaciones recíprocas de asegurador y asegurado nacen necesariamente a cargo de ambos, aun cuando la prima sea pagada en el momento de la conclusión del contrato. Es oneroso por la misma razón de ser sinalagmático. Es aleatorio porque si la desgracia o el accidente se produce, surge a cargo del asegurador la obligación de indemnizar, y si por el contrario no se verifica en el tiempo fijado en el contrato, el asegurado habrá pagado inutilmente la prima. Y es de ejecución continuada porque las obligaciones a cargo de las partes no se agotan en un solo momento de acción, sino por el cumplimiento de la condición a que se subordina el pago de la indemnización asumida por el asegurador.
Finalmente, es un contrato que se estipula intuitu personae.
Por el contrato de seguro, el asegurado transfiere al asegurador el riesgo y las consecuencias del daño, si éste se verifica. Tal es la razón por la cual Messineo señala su incidencia desde el doble punto de vista: económico y jurídico.
Desde el punto de vista económico, la producción del accidente o caso fortuito a que el pago de la in-

demnización se subordina, grava el costo de producción de la empresa aseguradora y disminuye sus rentas. Desde el punto de vista jurídico, el asegurado se libera de las pérdidas determinadas por la desgracia o el caso fortuito contemplado por las partes, mediante el pago de las primas. La empresa aseguradora asume sobre sí el riesgo ajeno.

Nuestro artículo, por referencia al asegurador, dice "empresa aseguradora", porque conforme con el Decreto-Ley Nº 17.840 del 10 de febrero de 1947 sólo las empresas legalmente autorizadas por la Superintendencia de Bancos pueden celebrar contratos de seguro, para lo cual deben estar constituídas en forma de sociedades anónimas (art. 4º). Y las personas o entidades que celebren contratos de seguro con empresas no autorizadas legalmente a operar en el país, incurren en infracción de dicho Decreto-Ley penado con multa que fijará la Superintendencia de Bancos, salvo los contratos que dichas personas o entidades se vean en la necesidad de contratar un seguro en el extranjero, por no existir en el país ninguna empresa que asuma el riesgo (art. 44). (ver: Grandi, opus cit. Nº 748, pág. 506; Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 1, pág. 156; Lordi, La Obbligazioni Commerciali, t. II, Nº 475 y ss., pág. 603; y aunque el Código francés de comercio sólo disciplina el seguro marítimo, ver: Pardessus, t. II, Nº 589 y ss., pág. 99; Alauzet, t. VI, Nº 1993 y ss., pág. 1 y ss; Bravard-Veyrieres, t. IV, pág. 540 y ss.; y en el Derecho argentino: Segovia, t. II, 51 y ss.; Obarrio, t. II, pág. 5 y ss.; Malagarriga, t. III, art. 492, pág. 90; Rivarola, t. IV, Nº 1083 y ss., pág. 245 y ss.. R. L. Fernández, t. II, pag. 397 y ss., etc.).

Art. 2094. — La empresa de seguro sólo puede ser ejercida en la República por entes autónomos de Derecho público o por sociedades por acciones y con arreglo a las normas establecidas por la ley que establece el régimen legal del seguro.

Ver: art. 1883 C. italiano; 2º de la ley mexicana; 36 de la ley suiza; y 3º de la Ley suiza del 25 de junio de 1885; 2º del Proyecto argentino de P. E. Tórrez (Instituto Argentino de Estudios Legislativos), 184 del Proyecto Alperini, y arts. 4º, 5º, 6º del Decreto-Ley Nº 17.840.

Dada la multiplicidad, diversidad y volumen extraordinario de todos los contratos de seguro, resulta prácticamente imposible que una persona aislada pueda asumir la pública función de reasegurador. Además, cuanto mayor sea el número de contratos de seguro a cargo de una empresa, existe, dice Messineo, un fuerte grado de probabilidad de que no todos los riesgos se conviertan en siniestros. Tal es la razón por la cual en el derecho moderno el negocio de seguros está supervisado por el Estado para garantizar al asegurado que será indemnizado del daño que sufra por consecuencia del caso fortuito contemplado en su contrato.

¿Qué sería de los numerosos asegurados si el Estado permitiese que pululen compañías de seguro con capital ficticio y reaseguradores pobres, como ocurrió en Italia apenas terminada la primera guerra mundial, con el previsible resultado de su bancarrota y la defraudación a los asegurados que le habían acordado créditos por sumas considerables, con el pago de las primas a su cargo?

Las leyes especiales dictadas para supervisar las empresas de seguro exigen de ellas la reserva matemática, su sometimiento a inspección periódica y hasta el pago de una contribución llamada de vigilancia y obligación de suministrar a la autoridad respectiva minuciosos informes de su actividad, bajo pena de prohibírseles que asuman nuevos contratos de seguro o de ser puestas en liquidación. (ver: Lordi, opus cit. t. II, Nºs. 511, 512, pág. 647).

Dado el Decreto Ley Nº 17.840, juzgamos innecesario reproducir en lo que sigue sus preceptos relativos a la institución fiscalizadora, el secreto de sus informaciones, requisitos de constitución de las empresas nacionales y extranjeras, autorización para funcionar, reforma de sus estatutos, explotación de nuevos ramos y reforma de sus planes de seguros, capital mínimo, reserva matemática, reserva para riesgos, reserva especial, inversiones de sus reservas matemáticas, pérdida de las inversiones, régimen de contabilidad, balances anuales, régimen de la transferencia de cartera y de la liquidación de las empresas, etc., etc.

Sobre estos puntos véanse los arts. 184 a 204 del Proyecto argentino del doctor Alperin.

Art. 2095. — Las sociedades de seguros mútuos y sus contratos de seguro son regidos por las normas del presente Título, en cuanto sean compatibles con la especialidad de la relación y sin perjuicio de su fiscalización por la Superintendencia de Bancos.

Ver: arts. 1884 C. italiano; 101 parág. 2º Ley suiza, según el cual los contratos celebrados por las empresas privadas de seguro, se rigen exclusivamente por el Derecho de las Obligaciones; 3º ley mexicana; 20 y 21 Ley alemana.

Característica de las sociedades de seguros mutuos es la ausencia de lucro en sus contratos, y la participación directa de sus socios en la relación de seguro. El que se asegura en una mutua de seguros se convierte en socio de ella, calidad que pierde con la extinción del seguro.

Otra peculiaridad de tales entidades, es no tener capital, sino fondos de garantía destinados al pago de las indemnizaciones.

Los socios no responden de las obligaciones de la sociedad a favor de los asegurados. Su única obligación consiste en pagar a la sociedad las aportaciones fijas o variables que ocupan el lugar de las primas de seguro.

Por lo demás, las mútuas de seguro son regidas por las normas sobre el seguro, en cuanto sea compatible con la especialidad de la relación, con predominio de dichas normas sobre las especiales de las mutuas de seguro. (ver: Messineo, t. VI, parágrafo 160, Nº 30, A, pág. 180).

Inspirado el Proyecto Alperin en las leyes de seguro alemán, mexicano y brasileño, disciplina en cinco preceptos de caracter general (arts. 209 a 213) lo peculiar de las mutuas de seguro, que nos abstenemos de reproducir, por reputarlos innecesarios.

Art. 2096. — Los seguros contra los riesgos de la navegación marítima, fluvial o aérea se regulan por las normas del presente Título en todo aquello que no esté regulado por los arts. 1155 a 1260 del Código de Comercio, y los arts. 139 a 145 del Código aeronáutico.

Ver: art. 1885 C. italiano; 3º del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, y las leyes extranjeras citadas en la nota.

El seguro contra los riesgos de la navegación marítima y fluvial es una subclase del seguro contra los daños, cuyas normas especiales no son derogadas por las disposiciones del presente Título. E igual cosa cabe decir del seguro contra los riesgos de la navegación aérea.

Caracteriza al seguro de la navegación marítima y fluvial la diversidad de objetos que pueden ser asegurados, como lo estatuye el art. 1157 de nuestro Código de Comercio: 1º) el casco y la quilla del buque, cargado o no, armado o desarmado, navegando solo o acompañado; 2º) las velas y aparejos; 3º) el armamento; 4º) las provisiones, y en general todo lo que ha costado el buque hasta el momento de su salida; 5º) las cantidades dadas a la gruesa y sus premios, y las tomadas, en cuanto a los riesgos que no estuvieren a cargo del dador, o al excedente del valor sujeto al préstamo; 6º) el cargamento; 7º) el lucro esperado; 8º) el flete que se va a devengar y 9º la libertad de los navegantes o pasajeros.
Otro tanto cabe decir del seguro contra los riesgos de la navegación aérea, el cual puede consistir en el valor de todo interés sobre la aeronave y contra todos los riesgos de la navegación (art. 139 C. A.); los accidentes suceptibles de producirse al personal en el cumplimiento del servicio, en proporción a los sueldos y salarios (art. 140 C. A.); y a los pasajeros y cosas transportados y a terceros y sus bienes (art. 141 inc. 3º C. A.).

Art. 2097. — Los seguros sociales son regulados por leyes especiales. En su defecto se aplicarán las normas del presente Título.

Ver: art.. 1886 C. italiano; 3º parág. 2º del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos y las leyes concordante citadas en la nota.
Por Decreto-Ley Nº 1701 del 18 de febrero de 1943 fue creado el Instituto de Previsión Social, organismo autónomo de Derecho Público, encargado de la aplicación de la citada ley por la que se establece, como obligatorio, el seguro de enfermedades, de maternidad, invalidez, accidentes del trabajo y enfermedades profesionales para toda persona que presta servicios o ejecute una obra en virtud de un contrato de trabajo, verbal o escrito.
La cuota de previsión social es pagada por el asegurado y el patrón, a razón del 6% del salario mensual del primero y 13% a cargo del segundo. Con los fondos así acopiados el Instituto forma las reservas con que sufraga la asistencia médica y los medios terapéuticos exigidos por cada caso de enfermedad; un subsidio en dinero mientras dure la incapacidad para el trabajo del asegurado y su familia; la atención profesional durante el embarazo, parto y puerperio, más un subsidio en dinero durante los 21 días que precedan al parto y cuarenta días siguientes; los gastos de inhumación del asegurado que falleciere; una pensión por invalidez sobrevenida por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; una pensión de retiro a los asegurados desde que cumplan 60 años de edad; una pensión de viudez y horfandad al cónyuge supérstite y sus descendientes en caso de que el asegurado fallezca por accidentes del trabajo, y en defecto, a favor de sus ascendientes; una indemnización de 20 jornales a los mismos deudos si el asegurado falleciere de enfermedad y se acreditare una antiguedad en el trabajo no menor de un año, computándose cada año de antiquedad hasta alcanzar cinco años equivalentes a veinte y cinco jornales más en la indemnización (art. 25).
Omitimos otros detalles relativos al seguro de Previsión Social instituído por aquella ley, a cuyo texto remitimos al lector. Ella está inspirada en los mismos e idénticos principios del seguro obligatorio de enfermedad; accidente e invalidez instituído por primera vez en Alemania bajo el reinado de Guillermo II, del que Chile extrajo su análoga legislación que data de 1924 y es objeto de contínuas modificaciones.

Art. 2098. — El que haga a la empresa aseguradora una propuesta escrita de contrato de seguro queda obligado por el término de quince días, si no ha fijado un plazo más corto, para la aceptación.

Si el seguro exige un examen médico, quedará obligado durante cuatro semanas, término vencido el cual, sin recibir la aceptación de la empresa, quedará eximido de dicha obligación.

El plazo fijado a la duración de la oferta comienza a correr desde el día siguiente a su recepción.

Ver: art. 1887 C. italiano; 1º de la ley federal suiza sobre el contrato de seguro; 81 ley alemana; 5º ley mexicana; 1º primer apartado ley austriaca; 1º, 2º apartado ley checoslovaca; 7º del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 3º parág. 2º Proyecto Alperin.
Una de las normas inderogables de la regulación del contrato de seguro es el presente artículo, por el que se preceptúa la formulación escrita de la propuesta de contrato de seguro hecho por el interesado a la empresa aseguradora. La oferta supone un compromiso de quien la formula y presenta, como oferta firme que es, durante un plazo acotado en el tiempo: quince días computados desde su recepción por la empresa, si no se requiere un examen médico, y de cuatro semanas en el caso afirmativo, caso en el cual el interesado debe someterse a visita médica que determine el estado de su salud y la probable duración de su vida.

Art. 2099. — Las condiciones generales del seguro deben ser expresadas en el formulario de propuesta suministrado por la empresa o bien deben haber sido dadas a conocer al proponente antes de que él haya remitido el formulario contentivo de su propuesta de contrato.

Por condiciones del contrato se entienden los hechos importantes que pueden influir sobre la estimación de las obligaciones que asumirá la empresa aseguradora y acerca de los cuales ésta ha formulado en el cuestionario preguntas inequívocas.

Ver: arts. 3 y 4 de la Ley federal suiza; 10 del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 3º parág. 2º del Proyecto Alperin; y sus concordancias: 8º Ley mexicana: 15 parág. 2º Ley francesa; 16 y 22 Ley alemana; 3º y 6º leyes austriaca y checoslovaca; 54 ley rumana; 4º ley sueca.

Art. 2100. — Sea que la propuesta de contrato se formule por medio de un representante del estipulante o por cuenta de un tercero, debe ella ceñirse a lo preceptuado en el artículo anterior.

Ver: art. 5º ley federal suiza; 10 ley mexicana; 19 ley alemana; 5º ley austriaca; 11 del Proyecto Tórrez, modificado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos (ver pág. 75 del volumen publicado por esta entidad en 1943).

Art. 2101. — Las declaraciones inexactas y las reticencias del proponente, relativas a circunstancias tales que la empresa aseguradora no habría dado su consentimiento o no lo habría dado en las mismas condiciones se hubiese conocido el verdadero estado de las cosas, son causa de anulación del contrato cuando el proponente ha obrado con reticencia dolosa, a condición de que la empresa impugne el contrato dentro de los tres meses computados desde que tuvo conocimiento de la inexactitud de la declaración o de la reticencia, y así lo haga saber al estipulante o al beneficiario por telegrama colacionado, por acta notarial, u otra forma auténtica.

La empresa aseguradora tiene derecho a las primas relativas al período de seguro en curso en el momento en que ha demandado la anulación y, en todo caso, a la prima convenida por el primer año. Si el evento desgraciado o el accidente productor del daño cuyo es el riesgo objeto del contrato tiene lugar antes de que haya transcurrido el término indicado en el parágrafo anterior, no está obligada a pagar la suma asegurada.

Si el seguro se refiere a varias personas o a varias cosas, el contrato es válido respecto de aquellas personas o aquellas cosas a las cuales no se refiere la declaración inexacta o la reticencia, si de las circunstancias resulta que la empresa las había asegurado solas en las mismas condiciones.

Ver: arts. 1892 C. italiano; 6 y 7 de la Ley federal suiza; 36 y 37 del Proyecto Tórrez del Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 5 y 37 del Proyecto Alperin y su concordancias; 17 ley alemana; 8, 45, 61 y 62 ley mexicana; 3º leyes austriaca y checoslovaca; 21 ley francesa; 4 ley sueca; y 498 de nuestro Código de Comercio.
Sobre la omisión dolosa o reticencia, véase lo preceptuado por nuestro art. 531.
Es el dolo negativo que dice Bedarride, según lo explicamos en nuestra apostilla a dicho artículo.

Art. 2102. — No procede la nulidad por reticencia o falsedad a que se refiere el artículo anterior:

1) Si el hecho, objeto de la reticencia, ha dejado de existir antes del siniestro;

2) Si la empresa aseguradora ha provocado la reticencia;

3) Si la empresa conocía o debía conocer el hecho que no ha sido declarado;

4) Si la empresa conocía o debía conocer exactamente el hecho que ha sido inexactamente declarado;

5) Si la empresa ha renunciado el derecho de separarse del contrato;

6) Si el que debe hacer la declaración no responde a una de las cuestiones relativas a una condición del contrato, no obstante lo cual, la empresa acepta celebrarlo. Esta regla no se aplica si según las otras comunicaciones del declarante, la cuestión debe ser considerada como contestada en un sentido determinado que no pueda considerarse como una afirmación o negación inexacta.

Ver: art. 8 Ley Federal suiza; 6º del Proyecto Alperin y sus concordantes: 4 de la ley austriaca; 21 y 22 de la Ley francesa; 8 y 9 Ley sueca; 50 de la ley mexicana.

Art. 2103. — El contrato de seguro debe ser probado por escrito.

La empresa aseguradora está obligada a entregar al asegurado la póliza u otro documento suscrito por ella, del que consten los derechos y obligaciones de las partes, que éstas podrán elevar a instrumento público por su transcripción en el Registro de un Notario y Escribano público.

La póliza debe ser datada el día de su suscripción y deberá indicar:

1º) Los nombres y domicilios de los contratantes, firmado por el representante de la empresa aseguradora, y si el beneficiario es un tercero, su nombre y apellido, domicilio y demás datos precisos para individualizarlo.

2º) las cosas o la persona cuyos son los riesgos que se aseguran;

3º) la naturaleza de los riesgos garantizados o de los riesgos excluídos;

4º) el momento a partir del cual corren los riesgos por cuenta de la empresa aseguradora y su duración;

5º) el monto de la prestación o las bases que servirán para determinarla;

6º) la prima o cuota del seguro, su modo de percepción y fecha de exigibilidad;

7º) las demás cláusulas que deben insertarse en cumplimiento de las disposiciones de este Código y de las leyes administrativas, así como las que convengan las partes.

La empresa aseguradora está también obligada a otorgar, a petición y a costa del estipulante duplicados o copias de la póliza, caso en el cual, podrá exigir la restitución del original.

Ver: Arts. 11 de la Ley federal suiza; 1888 C. italiano; 8 y 9 ley francesa; 8 ley austriaca; 3 ley alemana; 19, 20 y 21 ley mexicana; 17 del Proyecto Tórrez reformado por el Instituto Argentino de Estudios Legislativos y 12 del Proyecto Alperin.

Art. 2104. — El contrato de seguro es nulo si al tiempo de su conclusión, el riesgo no existía, o ha dejado de existir antes de su conclusión.

Pueden las partes convenir que el contrato tenga efectos retroactivos.

Si se acordó que el seguro comprende un tiempo anterior a su celebración, el contrato será nulo si en el acto de su conclusión la empresa aseguradora conocía la imposibilidad de que el siniestro ocurriese o el asegurado sabía que ya se había producido.

Sobre el parág. 1º ver: art. 1895 C. italiano; 9 de la Ley Federal suiza; 34 parág. 1º del Proyecto Tórrez; 2º del Proyecto Alperin; 2 Ley alemana; 7 Ley austriaca; 45 Ley mexicana y 514 de nuestro C. de comercio. El art. 10 de la Ley federal suiza sobre el contrato de seguros, estatuye en su parágrafo 2º que: "Si al tiempo de la celebración del contrato, sólo el asegurador sabía que el riesgo había desaparecido, el tomador del seguro no queda vinculado por el contrato. El asegurador no tiene derecho ni a la prima ni a los reembolsos de sus gastos"; y en su parágrafo 3º preceptúa que: "Si al tiempo de la celebración del contrato, sólo el tomador del seguro sabía que el siniestro ya había ocurrido, el asegurador no queda vinculado por el contrato; y tendrá derecho al reembolso de sus gastos".

Art. 2105. — Las pólizas pueden ser nominativas, a la orden o al portador, salvo la póliza de seguro sobre riesgos personales.

Las pólizas a la orden se transmiten aunque el endoso sea en blanco.

Si la póliza de seguro es a la orden o al portador, su transferencia importa transferencia de crédito frente a la empresa aseguradora, con los efectos de la cesión.

Sin embargo, la empresa aseguradora queda liberada si, sin dolo o culpa de su parte, cumple la prestación a favor del endosatario o del portador de la póliza, aun cuando éste no sea el asegurado.

En caso de pérdida, hurto, robo o destrucción de la póliza a la orden, se aplicará las disposiciones relativas a la extinción de los títulos a la orden.

Sobre los parág. 1º y 2º ver: arts. 18 del Proyecto Tórrez; 11 parág. 11 del Proyecto Alperin; 10 Ley francesa; 10 Ley mexicana.
Sobre los parágs. 3º, 4º y 5º ver: art. 1889 C. italiano; 9 Ley austriaca; 10, 11 y 61 Ley francesa; 4 Ley alemana; 27, 29, 30 y 154 Ley mexicana.

Art. 2106. — El contrato de seguro puede ser celebrado por cuenta propia o por cuenta ajena, con o sin designación de la persona del tercero asegurado. En la duda se presume que el estipulante ha contratado el seguro por cuenta propia.

Si el estipulante contrata el seguro en nombre ajeno sin tener poder para ello, la empresa queda obligada aun cuando el tercero asegurado ratifique el contrato después de ocurrido el siniestro, o vencido el contrato.

El estipulante está obligado personalmente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato hasta el momento en que la empresa aseguradora haya tenido noticia de la satisfacción o del rechazo del contrato. Debe a la empresa aseguradora las primas del período en curso en el momento en que ella haya tenido noticia de la negativa de ratificación.

Ver: arts. 1890 C. italiano; 12 del Proyecto Tórrez; 21, 22 parág. 1º y 23 del Proyecto Alperin; 16, 17

parág. 1º y 18 de la Ley federal suiza; 6 ley francesa; 5 Ley austriaca; 11 ley mexicana; 74 a 80 ley alemana.

Art. 2107. — Si el seguro es estipulado por cuenta ajena o por cuenta de quien corresponda, debe el estipulante cumplir las obligaciones derivadas del contrato, salvo aquellas que por su naturaleza no puedan ser cumplidas sino por el asegurado.

Los derechos derivados del contrato corresponden al asegurado, y el estipulante, aun cuando se encuentre en posesión de la póliza, no podrá hacerlos valer sin expreso consentimiento de dicho asegurado.

Al asegurado se le puede oponer las excepciones que dependiendo del contrato son oponibles al estipulante.

Por el reembolso de las primas y gastos del contrato pagadas por el estipulante a la empresa aseguradora, tiene éste privilegio frente al asegurado en el mismo grado de los créditos por gastos de conservación.

Ver: art. 1891 C. italiano. Regula este precepto el contrato de seguro concluído por un representante sin poderes, sujeto a ratificación, aun cuando ésta haya sido otorgada después del siniestro.
Antes de la eventual ratificación, o en cuanto ésta no se produzca o sea denegada, el estipulante, en vez de responder del daño, está obligado a cumplir el contrato, y en tal concepto debe las primas del período que estaba en curso en el momento en que la empresa aseguradora tuvo noticia de la negativa de ratificación. Está eximido de las obligaciones personales del asegurado que por ser tales sólo él podría cumplirlas. Preceptúa el segundo parágrafo de nuestro artículo que los derechos emergentes del contrato no pueden ser ejercidos sino por el asegurado, por mucho que la póliza se encuentre en poder del estipulante, quien no puede hacerlos valer sin el consentimiento expreso de aquél.
Y dado que el estipulante ha debido pagar primas y gastos del contrato a la empresa aseguradora, prevé nuestro artículo la eventual insolvencia del asegurado que dé lugar a su concurso o quiebra, supuesto en el cual, tendrá aquél privilegio por el monto de lo abonado a la empresa, sobre los bienes del asegurado en el mismo grado de los créditos por gastos de conservación. Ver en contra: art. 80 del Proyecto Alperin y sus concordancias.

Art. 2108. — Si el estipulante ha obrado sin dolo o culpa, las declaraciones inexactas y las reticencias no son causa de anulación del contrato, pero la empresa aseguradora podrá separarse de dicho contrato por declaración que hará al asegurado dentro de los tres meses computados desde el día en que ha conocido la inexactitud o la reticencia de la declaración.

Si el siniestro tiene lugar antes de que la inexactitud de la declaración o la reticencia sean conocidas de la empresa aseguradora, o antes de que ella haya declarado separarse del contrato, la suma debida se reducirá en proporción a la diferencia entre el premio convenido y el que se habría aplicado si se hubiese conocido el verdadero estado de las cosas.

Ver: art. 1893 C. italiano; 6 Ley federal suiza; 22 ley francesa; 40 ley alemana; 7º del Proyecto Alperin.

Art. 2109. — En los seguros en nombre o por cuenta de terceros, si éstos tienen conocimiento de la inexactitud de las declaraciones o de las reticencias relativas al riesgo, se aplicarán a favor del asegurador lo dispuesto en los arts. 2101 y 2108.

Ver: arts. 1894 C. italiano; 19 ley alemana; 5 parág. 1 y 2 ley federal suiza; 5 ley austriaca; 9 y 10 ley mexicana; 10 ley sueca; 8º Proyecto Alperin.

Art. 2110. — El contrato de seguro se resuelve si el riesgo deja de existir después de su conclusión, pero la empresa aseguradora tiene derecho al pago de las primas mientras la cesación del riesgo no le sea comunicada o no llegue de otra manera a su conocimiento.

Las primas relativas al período de seguro en curso en el momento de la comunicación o del conocimiento, se deben por entero.

Cuando los efectos del contrato deban regir en un momento posterior a su conclusión y el riesgo cesa en el intervalo, la empresa aseguradora solo tendrá derecho al reembolso de los gastos.

Ver: art. 1896 C. italiano; 77 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 68 ley alemana; 45 y 88 ley mexicana; 35, 39 y 44 ley francesa; 63 ley austriaca.
Contempla el presente artículo uno de los modos de disolución de jure del contrato de seguro por cesación del riesgo durante el seguro. El contrato no puede subsistir sin riesgo.

Art. 2111. — Si el estipulante comunica a la empresa aseguradora

cambios que produzcan una disminución de los riesgos tal que, si hubiesen sido conocidos en el momento de la conclusión del contrato, habrían determinado la estipulación de una prima menor, la empresa aseguradora, a contar desde el vencimiento de la prima o de la cuota de prima posterior a la indicada comunicación, no podrá exigir sino la prima menor, pero tendrá derecho a separarse del contrato dentro de los dos meses computados desde el día en que recibió la comunicación.

La declaración de separación del contrato tendrá efecto después de un mes.

Ver: art. 1897 C. italiano. La separación del contrato a que el presente artículo se refiere, es el ejercicio del poder o facultad (**ius poenitendi**) que por el presente Código se confiere a cada una de las partes en virtud del cual cada una de ellas pueden denunciar el contrato por su sola y unilateral voluntad, contra la norma de derecho común según el cual el contrato no puede resolverse sino por la voluntad concordante de ellas. Es, dice Messineo, una figura de **derecho potestativo** que permite ahorrar a las partes la necesidad de una demanda judicial. Es un instituto de caracter excepcional, del cual pueden las partes hacer uso mientras el contrato no tenga un principio de ejecución.
Como se comprenderá esta derogación del derecho común no puede tener lugar sin una justa causa que la autorice. La denuncia del contrato sólo es eficaz después de transcurrido un plazo de preaviso que debe acompañarlo. Sus efectos corren **ex nunc**, o sea que no son retroactivos, ni pueden perjudicar los derechos de terceros. (ver autor y **opus** cit. t. IV, parág. 137, Nº 16, pág. 526).

Art. 2112. — El estipulante tiene la obligación de dar inmediato aviso a la empresa aseguradora de los cambios que agraven el riesgo de modo tal que, si el nuevo estado de cosas hubiese existido y hubiese sido conocido de ella en el momento de la conclusión del contrato, no habría ésta consentido el seguro o lo habría consentido por una prima más elevada.

La empresa puede separarse del contrato, dando de ello comunicación por escrito al asegurado dentro de un mes computado desde el día en que recibió el aviso o ha tenido conocimiento de otro modo de la agravación del riesgo.

La separación de la empresa aseguradora tiene efecto inmediato si la agravación es tal que ella no habría consentido el seguro; y tiene efecto pasados quince días, si la agravación del riesgo fuere tal que sólo exigiese una prima mayor. Corresponden a la empresa aseguradora las primas relativas al período de seguro en curso en el momento de comunicarse la declaración de separación.

Si el siniestro se produce antes de que hayan transcurrido los términos para la comunicación y para la eficacia de la separación, la empresa no responderá si la agravación del riesgo sea tal que ella no habría consentido el seguro si el nuevo estado de cosas hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato.

En otro caso, la suma debida será reducida teniendo en cuenta la relación entre la primera establecida en el contrato y la que se habría fijado si el riesgo mayor hubiese existido al tiempo de la celebración de dicho contrato.

Ver. arts. 1898 C. italiano; 28 a 32 de la Ley federal suiza; 33 Ley austriaca; 29, 23, 24 y 25 Ley alemana; 17 Ley francesa; 45 a 47 Ley sueca; 56 y 58 Ley mexicana; 33 a 37 del Proyecto Alperin; 39 a 43 del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos.
Tanto la Ley federal suiza, como las leyes de los otros países, citadas arriba, distinguen la agravación del riesgo según que haya sido provocada por el tomador del seguro o no, y la sancionan según el caso. En el primer supuesto, o sea si la agravación esencial del riego provocada por el tomador tiene lugar en el curso del seguro, la empresa aseguradora queda de pleno derecho desligada del contrato. La agravación es esencial si recae sobre un hecho importante para la apreciación del riesgo y cuya extensión fue determinada por las partes en el contrato. (art. 28 L. F. suiza).
Si por el contrario, la agravación esencial del riesgo tiene lugar sin intervención del tomador del seguro, no faculta a la empresa aseguradora a apartarse del contrato si el tomador le ha declarado esta agravación por escrito, desde que haya tenido conocimiento de ella. Si el tomador omite hacer esta declaración, el asegurador queda de derecho separado del contrato. Si el tomador ha comunicado al asegurador la agravación podrá el asegurador apartarse del contrato si se ha reservado el derecho de rescindir el contrato por causa de la agravación esencial del riesgo, caso en el cual, su responsabilidad terminará catorce días después que él haya notificado al tomador la rescisión del contrato. (art. 30 L. F. suiza).
Sobre la agravación esencial producida por un hecho ajeno al estipulante, ver el art. 39 del Proyecto Tórrez y el 33 del Proyecto Alperin; y sobre la agravación esencial producida por voluntad del estipulante o tomador del seguro, el art. 34 del Proyecto Alperin.
Mas el art. 1898 del C. italiano ha suprimido estas distinciones, que en la práctica dan lugar a dificultades insuperables sobre la prueba de si la agravación es un hecho objetivo, ajeno a la voluntad del estipulante o si por el contrario es un hecho subjetivo, producido con intervención del tomador del seguro. En ambas hipótesis, nuestro artículo, como su fuente, reserva a la empresa aseguradora las primas correspondientes al período de seguro en curso en el momento en que ella ha comunicado al tomador su

separación del contrato, norma inspirada en el art. 35 de la ley austriaca, el cual le confiere derecho a la prima devengada hasta el fin del período asegurativo en el que recibió la comunicación de la agravación del riesgo, pero acerca del cual calla la ley federal suiza. (ver art. 35 del Proyecto Alperin).
Finalmente distingue nuestro artículo según que el siniestro se produzca antes de que hayan transcurrido los términos para la comunicación y la eficacia de la separación, o después. En la primera hipótesis, y si la agravación del riesgo es esencial o sea tal que la empresa no habría consentido el seguro si el nuevo estado de cosas hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato, queda ella eximida de toda responsabilidad. En el caso contrario, la suma debida se reduce en relación entre la prima estipulada en el contrato y la que se habría fijado si el riesgo mayor hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato.

Art. 2113. — El seguro tiene efecto desde las veinte y cuatro horas siguientes al día de la conclusión del contrato hasta la veinte y cuatro horas siguientes al día fijado a su duración. Si ésta excede de los diez años, las partes, transcurrido el decenio y no obstante pacto en contrario, tienen derecho a separarse del contrato, con preaviso de seis meses, que puede darse por carta certificada con recibo de retorno.

El contrato puede ser prorrogado tácitamente una o varias veces, pero cada prórroga tácita no puede tener una duración mayor de dos años.

El presente artículo no se aplica al seguro de vida.

Ver: art. 1899 C. italiano; 11 y 31 ley sueca; 17 y 18 ley austriaca; 5 ley francesa; 47 Ley federal suiza; 8 ley alemana; 17 ley mexicana; 17 y 18 del Proyecto Alperin. La empresa aseguradora no asume la responsabilidad por los riesgos que se produzcan fuera del tiempo fijado al principio y fin de duración del contrato. De aquí la necesidad de establecer, como lo estatuye nuestro artículo, el momento desde el cual los riesgos corren a cargo de la empresa y el momento en que se exime de responsabilidad.
Si la duración del contrato excede de los diez años, cada una de las partes, transcurrido el décimo año, y no obstante pacto en contrario, puede separarse del contrato, con preaviso de seis meses por carta certificada con recibo de retorno. El contrato puede ser prorrogado una y varias veces, pero cada prórroga tácita no puede tener una duración mayor de dos años.

Art. 2114. — La empresa aseguradora no está obligada por los siniestros ocasionados por dolo o culpa grave del estipulante, del asegurado o del beneficiario, salvo pacto en contrario en cuanto a los casos de culpa grave.

La empresa aseguradora está obligada por el siniestro ocasionado por dolo o culpa grave de las personas por cuyos hechos el asegurado es civilmente responsable. También está obligada, no obstante pacto en contrario, por los siniestros que sean consecuencia de los actos del estipulante, del asegurado o del beneficiario, realizados por deber de solidaridad humana o en tutela de los intereses comunes con la empresa aseguradora.

Ver: art. 1900 C. italiano; 12 y 13 ley francesa; 14 ley federal suiza; 61, 151 y 152 ley alemana; 55 leyes austriaca y checoeslovaca; 45, 52 y 53 del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 67 del Proyecto Alperin.
Aun cuando por el Art. 843 del presente Código optamos por la noción unitaria de la culpa, consideramos que, al reproducir aquí el art. 1900 del C. italiano, en el que se trata del siniestro producido por dolo o **culpa grave** del estipulante, del asegurado o del beneficiario del seguro, no introducimos un elemento de perturbación de la noción legal de culpa de nuestro derecho, porque viene de antiguo la equiparación de esa **culpa grave** al dolo y contraria al sentido común, que según la Ley 23 de R. J., es la sola causa de responsabilidad que se presta en el depósito y el precario, pero que el derecho moderno extiende al seguro. (ver: Malapert, **De la Prestación des Fautes**, pág. 3, edic. Paris, 1361).
La empresa aseguradora puede eximir su responsabilidad por el siniestro ocasionado por culpa grave. El pacto en contrario a la ley es admitido en este caso, no así respecto del provocado por dolo, del estipulante, el asegurado o el tercero beneficiario del seguro.
Nuestro artículo, a igual que su fuente, obliga a la empresa aseguradora por el siniestro ocasionado por dolo o culpa grave de las personas por cuyos hechos el asegurado es civilmente responsable: sus hijos menores, sus dependientes o empleados etc.
La empresa aseguradora no podrá eximirse contractualmente de responsabilidad por los siniestros que sin ser provocados, sean consecuencia de los actos del estipulante, del asegurado o del beneficiario, realizados por deber de solidaridad humana o en tutela de los intereses comunes con la empresa, como por ejemplo los actos realizados para salvar la vida de una persona o evitar un desastre colectivo. (ver: Messineo, opus cit. t. VI, parág. 160, Nº 15-A), pág. 168).

Art. 2115. — Si el estipulante no paga la prima o no paga la primera cuota de la prima establecida por el contrato, el seguro queda en suspenso hasta las veinte y cuatro horas del día en que aquél pague todo lo que adeuda.

Si a los vencimientos convenidos el estipulante no pagare las primas sucesivas, el seguro quedará igualmente en suspenso desde las veinte y cuatro horas del día décimoquinto posterior a la fecha del vencimiento.

En las hipótesis previstas en los dos parágrafos anteriores el contrato quedará de pleno derecho rescindido si la empresa aseguradora, dentro

del término de seis meses computados desde el día en que la prima o la cuota han vencido, no demanda el cobro. Tendrá ella derecho a sólo el pago de la prima correspondiente al período de seguro en curso y al reembolso de los gastos.

El presente artículo no se aplica a los seguros sobre la vida.

Ver: arts. 1901 C. italiano; 19 a 21 de la ley federal suiza; 34, 36 y 37 ley mexicana; 16 ley francesa; 23 parág. 2º ley checoeslovaca; 12 parág. 2º ley sueca; 25 a 27 del Proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 23, 26 y 27 del Proyecto Alperin.

Viniendo el presente artículo, como su fuente, inspirado en los preceptos ya citados de la ley federal suiza sobre el contrato de seguros, reproduciremos en lo que sigue de esta nota la substancia de sus arts. 19 a 21. Estatuye el primero de estos preceptos que "salvo estipulación en contrario, la prima correspondiente al primer período del seguro vence en el momento de la celebración del contrato. Por período de seguro debe entenderse el lapso de tiempo según el cual se calcula la unidad de prima. En caso de duda, el período de seguro es de un año.

"El asegurador que entrega la póliza antes del pago de la prima no puede prevalerse de la cláusula de la póliza según la cual, el seguro no entra en vigor sino después del pago de esa prima.

"En caso de duda, las primas ulteriores vencen al comienzo de un nuevo período de seguro".

El art. 20 dispone que: "Si la prima no es pagada a su vencimiento, o en el plazo de gracia acordado por el contrato, debe el deudor ser requerido por escrito, a sus expensas, a efectuar el pago dentro de los catorce días computados desde el envío de la intimación.

"Si la prima es pagadera en el domicilio del deudor, el asegurador podrá reemplazar la intimación escrita, por una intimación verbal.

"Si la intimación queda sin efecto, la obligación del asegurador queda suspendida a partir de la expiración del plazo legal.

El art. 21 agrega que: "Si el asegurador no ha demandado el pago de la prima en mora en los dos meses siguientes a la expiración del plazo de gracia acordado por el contrato, se le considerará apartado del contrato y de haber renunciado al pago de la prima atrasada.

"Si el asegurador demanda el pago de la prima o lo acepta ulteriormente, su obligación renace a partir del momento en que la prima ha sido pagada con los intereses y los gastos".

Bien se ve a través de estos preceptos, que el art. 1901 del C. italiano, si bien inspirado en ellos, no los reproduce literalmente, sino con modificaciones substanciales. Así, el estado de suspensión del contrato por falta de pago de la primera prima, hasta las veinte y cuatro horas del día en que el asegurado pague lo que adeuda, es una medida de tolerancia admitida en interés del mantenimiento del contrato, distinta de la interpelación o requerimiento al estipulante prescrita por el art. 20 de la ley federal suiza.

La segunda suspensión del contrato por falta de pago de las primas sucesivas hasta el décimoquinto día posterior al vencimiento, es otra espera dispuesta por razones de política legislativa para evitar en cuanto sea permisible la disolución del contrato, cuyas consecuencias pueden ser siempre deplorables para las partes.

Finalmente, nuestro artículo dispone que no demandando la empresa aseguradora el cobro de las primas dentro de los seis meses computados desde el vencimiento de las cuotas, quedará rescindido de pleno derecho el contrato, sin otro derecho que al pago de la prima correspondiente al período en curso y al reembolso de los gastos. Como es natural, esta disposición es inaplicable al seguro de vida, regido por sus leyes propias.

Art. 2116. — La fusión y la concentración de administración de varias empresas aseguradoras no son causa de resolución del contrato de seguro. Este continúa en vigor con la empresa aseguradora que resulte de la fusión o que incorpore las empresas preexistentes. Para la transferencia de cartera se observarán las resoluciones de la Junta Monetaria y la Superintendencia de Bancos.

En el caso de liquidación coactiva de la empresa aseguradora, el contrato de seguro se resuelve por los modos y con los efectos establecidos por las leyes especiales, incluso lo que se refiera al privilegio a favor de la masa de los asegurados.

Ver: art. 1902 C. italiano; 240 a 243 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 9 y 124 de la ley mexicana; 27 ley chilena; 43 y 44 ley brasileña.

Sobre fusión de sociedades, ver nuestro arts. 1827 a 1330. La fusión no disuelve los contratos celebrados por las sociedades o entidades fusionadas. La relación jurídica del seguro subsiste con la empresa surgida de la fusión.

La cesión de cartera consiste en ceder todos los contratos de seguro a otra empresa aseguradora, de suerte que por efecto de la cesión se establecen relaciones directas entre cesionario y asegurados, al mismo tiempo que el asegurador originario pierde todo derecho y queda libre de toda obligación. Dados tales efectos, lógico es que esta operación deba hacerse bajo la supervisión de la Superintendencia de Bancos. (ver: Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 35 - b), pág. 185).

El art. 28 del Decreto Ley Nº 17840 estatuye que: "Cuando una empresa de seguros resuelva transferir a otro su cartera, total o parcialmente, ambas deberán someter el convenio a la Junta Monetaria, la que por intermedio de la Superintendencia de Bancos lo pondrá en conocimiento de los asegurados mediante la publicación de avisos en los diarios de la capital por sesenta días; dentro de este término los asegurados deberán manifestar si están disconformes con dicha transferencia.

"Los asegurados disconformes con la transferencia de cartera, que hubiesen formulado oposición en término, tendrán derecho a rescindir el contrato, exigiendo, cuando se trate de seguros sobre la vida, la devolución de la reserva matemática calculada al día de la rescisión y de la participación en los beneficios o en los fondos de acumulación, si correspondiere y en los demás seguros, la devolución de la parte de la prima proporcional al tiempo o riesgo no corrido.

"Aprobado el convenio por la Junta Monetaria, sus estipulaciones obligarán a ambas sociedades y a los asegurados que no hayan manifestado su disconformidad".

La liquidación coactiva, que puede tener lugar a consecuencia de una ejecución judicial o quiebra, se halla contemplada en el art. 30 del citado Decreto Ley, el cual estatuye que: "La liquidación forzosa de una empresa de seguros tendrá lugar en los casos previstos en el Código de Comercio, o cuando a criterio de la Superintendencia de Bancos sea prácticamente imposible restablecer su normal funcionamiento. Para

el efecto, la Junta Monetaria, a pedido de la Superintendencia de Bancos, solicitará del P. E., el retiro de la autorización para operar o de la personería jurídica de dicha empresa.
"Comprobada la existencia de irregularidades que presuntivamente constituyen delito; el Superintendente pasará de inmediato los antecedentes al Fiscal de turno para que inicie las actuaciones correspondientes.
"Cuando la casa matriz de la sucursal o agencia de una empresa de seguros extranjera se ponga en estado de disolución, liquidación o quiebra, la Junta Monetaria, a pedido de la Superintendencia de Bancos, solicitará al Poder Ejecutivo el retiro de la autorización para operar. Dicha sucursal o agencia podrá transformarse en empresa nacional para evitar su liquidación forzosa".
"Art. 31. — El Superintendente de Bancos será designado liquidador en caso de la liquidación forzosa de una empresa de seguros y tendrá el poder necesario para realizar todos los actos jurídicos que se requieran a tal fin.
"El Superintendente de Bancos podrá delegar a un funcionario de la Superintendencia las facultades de liquidador. El Superintendente de Bancos o el funcionario que éste designe para la liquidación, no recibirá remuneración alguna por sus funciones de liquidador".

Art. 2117. — Los agentes autorizados para concluir contratos de seguros pueden llevar a cabo los actos concernientes a las modificaciones y la resolución de dichos contratos, salvo los límites contenidos en el poder que se publique por su inscripción en el Registro Público de Poderes.

Pueden, sin embargo, promover acción y ser demandados en juicio en nombre de la empresa aseguradora, por las obligaciones dependientes de los actos realizados en ejecución de su mandato, ante la autoridad judicial competente del lugar donde tenga su sede la agencia con la cual se ha concluído el contrato.

Ver: arts. 1903 C. italiano; 47, 48 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 43 y 44 ley austriaca, 43 y 44 ley alemana; VI ley de New York; 34 ley federal suiza.
En principio el presente artículo ciñe las facultades o poderes del agente a las leyes generales del mandato, a propósito de lo cual el Decreto-Ley Nº 1784 estatuye como sigue:
"Art. 32. — La función de mediador en la contratación de seguros, sólo podrá ser ejercida por los agentes de seguros, matriculados en el registro que llevará la Superintendencia de Bancos. La matrícula indicará los ramos de seguros en que se autoriza a operar y se renovará anualmente.
"Art. 33. — Los interesados en matricularse como agentes de seguros, deberán presentar a la Superintendencia de Bancos una solicitud acompañada de un certificado de buena conducta y otro acerca de sus conocimientos técnicos necesarios para actuar como tal, expedido este último, por las empresas aseguradoras con las que habrá de operar.
"Art. 34. — Queda prohibido a cualquier agente hacer todo acto, exposición o sugestión destinada a engañar o extraviar el criterio de un contratante, sobre las condiciones y modalidades de la póliza que ofrece, o sobre la empresa emisora, como así también todo examen o comparación incompleta entre dos o más pólizas.
"Queda igualmente prohibida toda maniobra que induzca o pueda inducir en error a un contratante, con el objeto de que anule, abandone, ceda por efectivo, por seguro saldado o a término o en cualquier otra forma provoque la caducidad de su póliza, a fin de celebrar un nuevo contrato.
"Ningún agente podrá dividir, ceder o devolver parte alguna de su comisión a cualquier persona cuya vida o bienes propios o ajenos confiados a su guarda o administración, pretenda asegurar.
"Art. 35. — El agente debe proponer por escrito y bajo su firma, las operaciones de seguros de vida, entregando una copia al interesado. Le está prohibido completar su proposición con apéndice o anexo que no haya firmado.
"Art. 36. — Las empresas de seguros enviarán anualmente a la Superintendencia de Bancos una nómina de sus agentes, indicando el número de operaciones de seguros realizadas por cada uno de ellos y el correspondiente capital asegurado clasificado por ramos".
Los agentes de seguros que infrinjan las disposiciones precedentes, son pasibles de suspensión o multa, según así lo preceptúa el art. 42 del mismo Decreto-Ley.

CAPITULO II

Del seguro contra daños

Art. 2118. — El contrato de seguro contra daños es nulo si, en el momento en que el seguro debe empezar a regir, no existe un interés del asegurado en el resarcimiento del daño.

Ver: art. 1904 C. italiano; 49 ley federal suiza; 32 ley francesa; 35 ley sueca; 85 ley mexicana; 56 del proyecto Alperin.
Viene la sanción de nulidad consagrada por el presente artículo del principio enunciado por el art. 48 de la ley federal suiza sobre el contrato de seguros, según el cual: "Todo interés económico que una persona pueda tener en que no ocurra un siniestro, puede ser objeto de un seguro contra daño". Este interés debe ser además "lícito", como reza el art. 56 del Proyecto Alperin, siquiera por sabido la ley sulza lo calle, pues, la ley mal puede tutelar un interés contrario a ella, o sea ilícito o inmoral, o contrario a las buenas costumbres.
Si, pues, tal interés faltase, el contrato carecería de objeto, porque como enseña Messineo, repitiendo a Ferrarini, el objeto del seguro no es la cosa asegurada, sino el interés en el resarcimiento, porque el contrato de seguros es esencialmente un contrato de indemnización.

La fuente de nuestros artículo no reproduce el art. 48 de la Ley federal suiza, pero a la postre dice lo mismo al sancionar la falta de interés en el resarcimiento al tiempo de la iniciación de vigencia del seguro, con la nulidad del contrato (ver: Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 6, pág. 161).

Art. 2119 — La empresa aseguradora está obligada a resarcir por el modo y en los límites establecidos en el contrato, el daño sufrido por el asegurado a consecuencia del siniestro.

La empresa aseguradora responde de la utilidad esperada sólo si se ha obligado expresamente a ello.

Ver: art. 1905 C. italiano; 492 de nuestro C. de comercio; 48 ley austriaca; 86 ley mexicana; 53 ley alemana; 38 ley sueca; 57 Proyecto Alperin.
Nuestro artículo distingue el resarcimiento del daño en los límites establecidos en el contrato, que es a lo que el seguro obliga a la empresa aseguradora, del resarcimiento del **lucro cesante** que es la ganancia o utilidad que el asegurado contaba obtener de no haber ocurrido el siniestro, no incluía en la obligación anterior sin un pacto expreso que la ponga a cargo de la empresa.

Art 2120. — Salvo pacto en contrario, la empresa aseguradora no responde de los daños producidos por vicio intrínseco de la cosa asegurada, que no le haya sido denunciado.

Si el vicio ha agravado el daño, la empresa aseguradora, salvo en contrario responde del daño en la medida en que habría estado a su cargo si el vicio no hubiera existido.

Ver: Arts. 1906 C. italiano; 64 del Proyecto Alperin y sus concordantes: arts. 33 ley francesa; 98 ley mexicana. (ver: Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 15—A), pág. 168).

Art. 2121. — Si el seguro cubre sólo una parte del valor que la cosa asegurada tenía en el momento de ocurrir el siniestro, la empresa aseguradora responde de los daños en proporción a la expresada parte, a menos que otra cosa se haya convenido.

Ver: art. 1907 C. italiano; 63 parág. 2º del Proyecto Alperin y sus concordantes: 69 parág. 2º de la ley federal suiza.
Pueden las partes, en previsión de que el valor de la cosa al tiempo del siniestro sea superior a la indemnización estipulada, convenir que la empresa aseguradora indemnice totalmente su valor mediante una **sobreprima** a cargo del asegurado, aunque el daño afecte solamente una parte del valor de la cosa asegurada. Al seguro así contratado se le llama seguro a **primer riesgo**. (ver: Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 16—A), pág. 168 y ss.).

Art. 2122. — Al ocurrir el daño no se puede atribuir a las cosas perecidas o dañadas un valor superior al que tenían en el momento de ocurrir el siniestro.

El valor de las cosas aseguradas puede ser, sin embargo, establecido en el momento de la conclusión del contrato, por estimación expresamente aceptada por las partes.

No equivale a estimación la declaración de valor de las cosas aseguradas contenida en la póliza o en otros documentos.

En el seguro de los productos del suelo, el daño se determina en relación al valor que dichos productos habrían tenido al tiempo de su madurez o al tiempo en que ordinariamente se los cosecha.

Ver: art. 1908 C. italiano; 60 y 97 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 57 y 89 ley alemana; 39 ley sueca; 95 ley mexicana, 50 y 109 ley austriaca.
La medida de la indemnización depende del valor de la cosa al tiempo de ocurrir el siniestro, porque es en este momento que el asegurado sufre el daño patrimonial previsto.
Para evitar controversias estatuye nuestro artículo que el valor de la cosa asegurada pueda establecerse en el momento de la celebración del contrato, mediante estimación ad hoc aceptada por escrito. En este caso la póliza se llama **póliza estimada**, distinta de la declaración de valor de la cosa asegurada hecha en la póliza, la cual no equivale a la póliza estimada.
La indemnización no puede superar el valor que la cosa tenía en el momento del siniestro, aun cuando ese valor sea inferior al valor que tenía en el momento de la estipulación, medida que según Messineo mira a evitar que el asegurado pueda tener interés en provocar el siniestro, para lucrar con la diferencia entre el valor menor presente de la cosa asegurada y la estimación que debería serle abonada. (ver autor cit. t. VI, parág. 160, Nº 16, pág. 168)).
En lo que respecta al seguro de los productos del suelo, contra heladas o granizos, por ejemplo, nuestro artículo lo permite, por excepción a la prohibición de asegurar cosas futuras.

Art. 2123. — El seguro por suma que exceda al valor de la cosa asegurada no será válido si ha habido dolo de parte del asegurado; si la empresa aseguradora es de buena fe, tendrá derecho a las primas del período de seguro en curso.

Si no ha habido dolo de parte del estipulante, el contrato tendrá efecto hasta la concurrencia del valor real de la cosa asegurada, y el estipulante tendrá derecho a obtener para el futuro una reducción proporcional de la prima.

Ver: arts. 1909 C. italiano; 59 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 50 ley austriaca; 51 ley alemana; 51 ley federal suiza; 29 ley francesa; 90 ley mexicana.
El seguro contra daños no puede producir provecho al asegurado. Puede indemnizarle contra un daño que sufra, pero no permitirle lucrar. El valor de la cosa perdida, o de la depreciación causada por el siniestro representa el límite más allá del cual nada puede pretender el asegurado, ni aun cuando hubiese contratado con otra empresa un segundo seguro contra el mismo daño, que es otra manera al alcance del estipulante para procurarse un lucro por medio del seguro
El seguro estipulado por un valor que exceda al valor real de la cosa asegurada sólo puede explicarse al favor de una falsa declaración, es infracción del deber, legal de absoluta sinceridad del estipulante, prescripta por el art. 2097 como condición de validez y subsistencia del contrato. La infracción de este deber legal supone dolo de parte del estipulante, caso en el cual el contrato será nulo. Mas como quiera que la empresa aseguradora se haya dejado sorprender en su buena fe, nuestro artículo le faculta a cobrar las primas del período en curso del contrato.
Si no ha habido dolo de parte del estipulante, como por ejemplo, si se prueba que la empresa conocía o debido conocer el valor exacto de la cosa asegurada, por haberla hecho justipreciar por peritos antes de suscribir el contrato, como lo estatuye el Nº 4) de nuestro art 2102, el contrato tendrá efecto hasta la concurrencia del valor efectivo de ella, y el asegurado tendrá derecho a obtener, para el futuro, una reducción proporcional de la prima. (Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 21, pág. 171; Lordi, opus cit. t. II, 572, pág. 704; Grandi, opus cit. Nº 574, pág. 511).

Art. 2124. — Si por el mismo riesgo se ha contratado separadamente varios seguros con diversas empresas aseguradoras, el asegurado debe dar aviso de todos los seguros a cada una de las empresas aseguradoras.

Si el asegurado omite dolosamente dar el precitado aviso, las empresas aseguradoras no están obligadas a pagar la indemnización.

En el caso de sinestro, el asegurado debe dar aviso a todas las empresa aseguradoras a tenor del art. 2127, indicando a cada una el nombre de las otras. El asegurado puede reclamar a cada empresa aseguradora la indemnización debida de acuerdo con el respectivo contrato, siempre que las sumas conjuntamente cobradas no superen el monto del daño.

La empresa aseguradora que ha pagado tiene derecho de repetición contra las otras por el reparto proporcional en razón de las indemnizaciones debidas según los respectivos contratos. Si una empresa aseguradora es insolvente, su cuota se distribuye entre las otras empresas aseguradoras.

Ver: art. 1910 C. italiano; 65 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 53 y 71 de la ley federal suiza; 59 ley alemana; 54 ley austriaca; 41 y 44 ley sueca; 40 ley francesa; 100 a 103 ley mexicana.
Está admitido asegurar la misma cosa contra idéntico riesgo en más de una empresa aseguradora, separada o conjuntamente. En el primer caso, el asegurado debe dar aviso a cada empresa aseguradora de los otros contratos que hubiere concluído. Si omite este aviso de buena fe, las empresas aseguradoras están obligadas a pagar la indemnización. Mas si omite hacerlo dolosamente, las empresas no estarán obligadas a pagarla. El resarcimiento es debido por cada empresa según el respectivo contrato, y ésto en los límites de la suma por la que cada una ha asegurado, salvo su acción de regreso contra las otras empresas, en proporción del riesgo cubierto por cada una. En tales casos nace entre ellas una situación de solidaridad, en virtud de la cual, si una de las empresas es insolvente, su cuota se distribuye entre las otras empresas aseguradoras. (ver: Grandi, opus cit. Nº 754, pág. 511; Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 21, b), pág. 171). Casos de seguro existen en que se descarta todo fin ilícito del asegurado que celebra doble aseguración, como por ejemplo, si el segundo contrato se celebra subordinado a la condición de la nulidad del primero, caso en el cual, el segundo contrato subsiste sólo si el primero es anulado. Otra hipótesis es el del segundo contrato que sólo subsista si el primero es anulado. Otra hipótesis es el del segundo contrato subordinado a la condición de la insolvencia de la empresa aseguradora del primer contrato, caso en el cual, también el segundo subsiste si efectivamente la primera empresa aseguradora es declarada en quiebra, por ejemplo. (ver Lordi, opus cit. t. II, Nº 573, pág. 704).

Art. 2115 — Cuando el mismo seguro o el seguro de riesgos relativos a las mismas cosas se distribuye entre varias empresas aseguradoras en cuotas determinadas, cada empresa estará obligada al pago de la indemnización asegurada sólo en proporción a la respectiva cuota, aun cuando sea único el contrato suscrito por todas las empresas aseguradoras.

Ver: art. 1911 C. italiano. Se da el nombre de coaseguración a esta figura del derecho de seguros. Tiene ella lugar cuando el riesgo relativo a las mismas cosas y contra el mismo daño es distribuído en cuotas determinadas de resarcimiento a cargo de cada empresa, sea que esta distribución tenga lugar en virtud de contratos singulares concluídos con conocimiento de cada empresa, o en virtud de un solo contrato colectivamente celebrado por todas ellas y el mismo asegurado.

Art. 2126. — Salvo pacto en contrario, la empresa aseguradora no está obligada en cuanto a los daños causados por movimientos telúricos, guerras insurrecciones o por tumultos populares.

Ver: art. 1912 C. Italiano; 68 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 34 ley francesa; 84 ley alemana; 98 ley mexicana.
Por aplicación del presente artículo, los riesgos derivados de terremotos, guerras, sea internacional o civil, o tumultos populares, son soportados por el asegurado.

Art. 2127. — El asegurado debe dar aviso del siniestro a la empresa aseguradora o al agente autorizado para concluir el contrato, dentro de los tres días computados desde aquel en que el siniestro ha ocurrido o el asegurado ha tenido conocimiento de él. No es necesario el aviso, si la empresa aseguradora o el agente autorizado para la conclusión del contrato intervienen dentro de dicho término en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.

En los seguros contra la mortalidad del ganado, el aviso, salvo pacto en contrario, se debe dar dentro de las veinte y cuatro horas, si el siniestro ocurre en la Capital y de diez días fuera de ella.

Ver: art. 1913 C. Italiano; 40 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 39 ley austriaca; 66 y 69 ley mexicana; 11 ley alemana; 21 y 22 ley sueca; 38 ley federal suiza; 39 ley checoeslovaca; 46 proyecto Tórrez, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos.
La obligación impuesta por el presente artículo al asegurado, víctima de un siniestro, es la carga de aviso, para que pueda cobrar la indemnización, bajo pena de que omitiendo por dolo darla a la empresa aseguradora dentro del término de los tres días siguientes al siniestro, pierda el derecho a la indemnización, y si omite darla por mera culpa, a no recibir toda la indemnización asegurada, sino reducida por la empresa en proporción del perjuicio sufrido.
Nuestro artículo agrega que el asegurado queda eximido de esta obligación si la empresa aseguradora o su agente de seguros interviene dentro de esos tres días en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro.
Lo que sigue en relación al seguro contra la mortalidad del ganado, modifica lo dispuesto por el art. 1913 del C. italiano, según el cual, el aviso debe ser dado dentro de las veinte y cuatro horas, tiempo que si es admisible cuando el siniestro ocurre en la Capital, asiento de todas las empresas aseguradoras, no lo es ni puede serlo si el siniestro ha ocurrido en el campo, asiento de los establecimientos ganaderiles, muchos de ellos próximos a la frontera con el Brasil y otros en zonas muy alejadas del Chaco, sin medio de comunicación inmediata con la capital.

Art. 2128. — El asegurado debe hacer cuanto le sea posible por evitar o disminuir el daño.

Los gastos hechos con este fin por el asegurado son de cargo de la empresa aseguradora, en proporción del valor asegurado que la cosa tenía en el momento del siniestro, aun cuando su monto, unido al del daño, supere la suma asegurada y aun cuando no se haya logrado el fin, salvo que la empresa aseguradora pruebe que los gastos se han hecho desconsideradamente.

La empresa aseguradora responde de los daños materiales directamente ocasionados a las cosas aseguradas por los medios empleados por el asegurado para evitar o disminuir los daños del siniestro, salvo que pruebe que tales medios han sido empleados desconsideradamente.

La intervención de la empresa aseguradora para el salvamento y conservación de las cosas aseguradas, no perjudica sus derechos.

La empresa aseguradora que interviene en el salvamento, debe, si es requerido por el asegurado, anticipar el gasto del mismo y concurrir en proporción del valor asegurado.

Ver: art. 1914 C. Italiano; 69 y 70 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 113 ley mexicana; 56 y 57 ley austríaca; 62 y 63 ley alemana: 51 a 53 ley sueca; 61 y 70 de la ley federal suiza.
Nada es tan fácil de comprender como la obligación legal impuesta al asegurado de hacer todo lo posible para evitar o disminuir el daño, sin perjuicio de las obligaciones a cargo de la empresa aseguradora, cual es la de sufragar los gastos que con este fin haga el asegurado, en proporción al valor de la cosa asegurada en el momento del siniestro, aun cuando su monto, unido al del daño, exceda la suma asegurada, siquiera tales esfuerzos resulten frustráneos, salvo que la empresa aseguradora pruebe que los gastos hechos por el asegurado fueron excesivos, inoportunos o desconsiderados.
Si por los medios empleados por el asegurado para disminuir el daño se dañasen las cosas aseguradas, la empresa aseguradora debe responder de dicho daños, a menos que pruebe que fueron desconsiderados.
La empresa aseguradora, requerida por el asegurado, debe anticipar los fondos necesarios para sufragar los gastos de salvamento, en proporción del valor asegurado, sin que su intervención en el salvamento y la conservación de las cosas, perjudique sus derechos.

Art. 2129. — El asegurado que dolosamente no cumple la obligación de dar aviso o de salvamento, pierde el derecho a la indemnización.

Si la omisión se debe a culpa del asegurado, la empresa aseguradora tendrá derecho a reducir la indemnización en proporción del perjuicio sufrido.

Ver: art. 1915 C. italiano; 69 parág. 2º del Proyecto Alperin y sus concordancias ya citadas al pie de nuestro art. 2128.

Art. 2130. — La empresa aseguradora que ha pagado la indemnización se subroga, hasta la concurrencia del monto de ésta, en los derechos del asegurado contra los terceros responsables.

Salvo el caso de dolo, la subrogación no tiene lugar si el daño es causado por los hijos, los ascendientes y demás parientes del asegurado que convivan con él de manera estable, o por sus criados.

El asegurado es responsable ante la empresa aseguradora del perjuicio causado a su derecho de subrogación.

Las disposiciones de este artículo se aplican también a los seguros contra los accidentes del trabajo y contra las desgracias accidentales.

Ver: arts. 1916 C. italiano; 525 de nuestro C. de Comercio; 36 ley francesa; 25 ley sueca; 72 ley federal suiza; 67 ley alemana; 111 ley mexicana; 62 ley austriaca; 76 del Proyecto Alperin.

La subrogación a que se refiere el presente artículo tiene lugar de iure, y tiene lugar aun en el seguro contra los accidentes del trabajo y las desgracias accidentales, pero no cuando el daño es causado sin dolo por los hijos, ascendientes y demás parientes del asegurado que convivan con él o por los criados. En este último caso, la consecuencia de la subrogación recae directamente sobre el asegurado, quien debe responder a la empresa aseguradora del perjuicio que por esta circunstancia se causa a su derecho de subrogación.

Art. 2131. — En el seguro de responsabilidad civil la empresa aseguradora está obligada a tener indemne al asegurado de cuanto éste, como consecuencia del hecho acaecido durante el tiempo del seguro, deba pagar a un tercero, en la medida de la obligación estipulada en el contrato.

Quedan excluídos los daños ocasionados por hechos dolosos.

La empresa aseguradora tiene facultad, previa comunicación al asegurado, de pagar directamente al tercero perjudicado la indemnización debida, y está obligado al pago directo si el asegurado lo reclama.

Los gastos soportados para oponerse a la acción del perjudicado contra el asegurado son a cargo de la empresa aseguradora dentro de los límites de la cuarta parte de la suma asegurada. Sin embargo, en el caso en que se deba al perjudicado una suma superior al capital asegurado, las costas judiciales se prorratean entre la empresa y el asegurado en proporción del respectivo interés.

El asegurado, demandado por el perjudicado, puede llamar a juicio a la empresa aseguradora.

Ver: art. 1917 C. italiano; 114 y 115 del Proyecto Alperin y sus concordancias: 120 y 121 ley austriaca; 149 y 150 ley alemana; 50 y 51 ley francesa; 91 ley sueca; 145 y 146 ley mexicana.

"Un tipo de seguro que ha alcanzado notable desarrollo en los últimos años, enseña Messineo, es el seguro de **responsabilidad civil**, o sea, el seguro que pone a cargo de la empresa aseguradora las consecuencias del riesgo (del asegurado) de deber responder de los daños inferidos a terceros por causa de un evento o acto culposo, que constituye **específicamente** el **"siniestro"** contra el cual se hace el seguro (por ejemplo, daños derivados de naves, o de automóviles).

"Es también este seguro, contrato de **indemnización**; sin embargo, aquí no se trata de indemnizar al asegurado, sino de cargar con la obligación de resarcimiento a favor de un tercero, que al asegurado le corresponde, por haberle causado daño con un hecho propio (o porque una persona por quien el asegurado deba responder ha causado daño a un tercero, como lo contempla el art. 1113 del C. argentino).

En las **relaciones internas**, el asegurado-deudor, se substituye a la empresa aseguradora.

"El seguro de responsabilidad civil constituye excepción al principio según el cual no pueden asegurarse las consecuencias de los hechos ilícitos.

"Sin embargo, se da algún caso en el que se asegura el riesgo de deber abonar una indemnización, aun sin que el obligado haya cometido un acto ilícito: así, en el caso de contribución en avería común.

"Contenido específico de esta forma de seguro es la obligación del asegurado de **mantener indemne** (en medida proporcional a la prima pagada) al asegurado, de cuanto éste debe abonar al tercero perjudicado, en la medida de la responsabilidad extracontractual contraída por **hecho culposo** contemplado en el contrato.

"Por tanto, —agrega nuestro autor— el carácter fundamental que diferencia el seguro de responsabilidad civil de las otras figuras de seguros contra los daños está en el hecho de que el objeto del seguro —o sea el riesgo— es precisamente la responsabilidad civil o sea, potencialmente, el patrimonio entero del responsable, debiéndose resarcir por éste al tercero —lesionado todo el daño causado, al paso que en las otras figuras, el riesgo amenaza a una o más cosas determinadas, o sea a uno o más elementos dados de aquel patrimonio, y el siniestro tiene, necesariamente, efectos limitados.

"El tercero—lesionado —continúa Messineo— accionando por subrogación, puede substituirse al asegurado negligente y pedir a la empresa aseguradora el cumplimiento de su obligación. No podría hacerlo por vía directa, porque él **tiene un derecho propio**, no contra la empresa, sino sólo contra el responsable del daño (el asegurado).

"En general, el seguro de responsabilidad civil está regulado por los principios rectores del seguro de daños; por consiguiente, se le aplica, entre otras, la regla proporcional.

"Presenta los siguientes rasgos característicos:

"a) puede tener por objeto el resarcimiento del daño originado a las **cosas** de terceros, del daño causado a las **personas** (en el caso de seguro por daños causados por accidentes automovilísticos) y también del daño causado a las **personas transportadas**;

"b) la empresa aseguradora responde también de los hechos culposos del asegurado (pero no del dolo);

"c) el autor del daño o sea el asegurado responde al tercer—lesionado; pero la empresa puede (y, en caso, debe) sustituirse al asegurado en sus obligaciones respecto del tercero—lesionado;
"d) se aseguran riesgos determinados, hasta la concurrencia del monto de una cierta suma (las denominadas máximas de póliza), y no más allá del efectivo monto del daño resarcible. Si ese monto sobrepasa la suma asegurada, responde (o sea, no tiene derecho a ser relevado) el asegurado;
"e) la empresa aseguradora que pague directamente al tercero la indemnización que se le deba por el autor del daño (asegurado) asume el carácter de subrogado a que se refiere el art. 2130.
"f) el asegurado no debe (bajo pena de caducidad en los derechos nacidos del seguro) hacer acto de reconocimiento de los derechos de quien, pretendiendo ser lesionado, formule demanda de resarcimiento: y si es demandado en juicio por el perjudicado, puede llamar en juicio a la empresa aseguradora;
"g) si el asegurado quiebra, el tercero perjudicado no sufre el concurso de otros créditos presentados contra él; ésto, porque la empresa aseguradora tiene la facultad de pagar directamente al tercero;
"h) El reparto de los gastos de la litis, que se consideran gastos de salvamento, tiene lugar en el sentido de que, de ordinario, los mismos son soportados por la empresa aseguradora en los límites de la cuarta parte de la suma asegurada; lo que significa que, si dichos gastos exceden de la suma asegurada, sólo en un cuarto de ellos son soportados por la empresa; y en cuanto al resto, gravan al asegurado.
"Sin embargo, si al perjudicado se le debe una suma superior a la máxima asegurada (esto es, si el daño no es enteramente cubierto por el seguro), los gastos se distribuyen entre empresa y asegurado, en proporción del respectivo interés, o sea, en proporción a la parte que cada uno está obligado a pagar
"I) El crédito de resarcimiento correspondiente al tercero perjudicado por el asegurado, está garantizado por privilegio especial sobre la indemnización debida por la empresa aseguradora de responsabilidad civil" (var; Messineo, t. VI, parág. 160, Nº 22, pág. 172 y ss.).

Art. 2132. — La enajenación de las cosas aseguradas no es causa de disolución del contrato de seguro.

El asegurado que no comunica a la empresa aseguradora la enajenación realizada y al adquirente la existencia del contrato de seguro, queda obligado a pagar las primas que vencen posteriormente a la fecha de la enajenación.

Los derechos y las obligaciones del asegurado pasan al adquirente, si éste, teniendo noticia de la existencia del contrato de seguro, dentro de los diez días computados desde el vencimiento de la primera prima posterior a la enajenación, no declara a la empresa aseguradora, por carta certificada, que no quiere sustituirse en el contrato. Corresponden en tal caso a la empresa aseguradora las primas correspondientes al período de seguro en curso.

La empresa aseguradora, dentro de los diez días computados desde aquel en que ha tenido noticia de la enajenación realizada, puede separarse del contrato con preaviso de quince días, que puede darse también por carta certificada.

Si se ha emitido una póliza a la orden o al portador, ninguna noticia de la enajenación se debe dar a la empresa aseguradora, y así esta última lo mismo que el adquirente no pueden separarse del contrato.

Ver: art. 1918 C. italiano; 78 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 69, 70 y 71 ley alemana; 54 ley federal suiza; 65 ley austriaca; 19 ley francesa; 54 ley sueca; 106 a 108 ley mexicana; 511 y 539 de nuestro C. de comercio.

CAPITULO III

Del seguro de vida

Art. 2133. — El seguro puede ser estipulado sobre la vida propia o sobre la vida de un tercero.

El seguro contratado para el caso de muerte de un tercero no es válido si éste o su representante legal no dan el consentimiento para la conclusión del contrato. El consentimiento se debe probar por escrito.

Ver: arts. 1919 C. italiano; 146 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 159 ley alemana; 132 ley austriaca; 74 ley federal suiza; 56 a 58 ley francesa; 97 ley sueca; 156 a 158 ley mexicana; 109 ley brasileña.
Acudimos de nuevo a Messineo para explicar las peculiaridades del seguro de vida por oposición al seguro contra los daños, cuyas normas no le son aplicables, como está dispuesto por el tercer parágrafo del art. 2113 de este Código.
"Diferencia substancial entre ambos, dice nuestro autor, es ésta: el seguro contra los daños es un contrato de indemnización: en el seguro sobre la vida, tanto el contenido de la obligación de la empresa aseguradora como el interés del asegurado, no residen, al menos en vía directa, en la eliminación de las consecuencias

patrimoniales de un siniestro; ni es necesario el presupuesto de que exista un daño que resarcir; objeto del seguro son los eventos de la vida humana, o la duración de ella. También aquí, sin embargo, concurren el elemento riesgo y el elemento siniestro: sólo que el riesgo amenaza, y el siniestro afecta, a la vida o a la integridad física del sujeto asegurado.
"En sustancia, el seguro de vida es considerado —por la mayoría— como un contrato de capitalización y, por consiguiente, de previsión, del cual escapa la finalidad de indemnización, que es, por el contrario, propia del seguro de daños.
"El seguro de vida —agrega nuestro autor— permite al asegurado eliminar en cierta medida los desfavorables efectos económicos que son una consecuencia de su muerte, haciéndolos recaer sobre la empresa aseguradora.
"El seguro de vida tiene como contenido, que, contra el pago de una prima, a hacerse efectiva por un determinado tiempo (duración del contrato), la empresa aseguradora se compromete a pagar una cierta suma (denominada capital), no a pagar una renta vitalicia, al asegurado (en el caso de que él sobreviva a una cierta fecha), o a la persona (tercero) indicada por él (si él muere, dentro de una cierta fecha).
"Puede también ocurrir que la vida asegurada no sea la del contratante, sino la de otra persona: tercero; en tal caso, tiene lugar la situación por la cual la persona del contratante no coincide con la persona del asegurado. Obligado al pago de la prima está siempre el contratante; queda obligado el asegurado, solamente en el caso de que sea también contratante.
Pero es igualmente seguro sobre la vida, aquel que tiene por objeto la supervivencia del asegurado; en tal caso, sin embargo, no hay daño en el hecho de sobrevivir". (ver: autor y opus cits. t. VI, parág. 160, Nos. 23 y 24, pág. 175).

Art. 2134. — Es válido el seguro de vida a favor de un tercero.

La designación del beneficiario se puede hacer en el contrato de seguro o por declaración posterior escrita, o por testamento. Dicha declaración es eficaz aun cuando el beneficiario esté determinado sólo genéricamente. Equivale a designación la atribución de la suma asegurada hecha en el testamento a favor de una determinada persona.

Por efecto de la designación, el tercero adquiere un derecho propio a los beneficios del seguro.

Ver: art. 1920 C. italiano; 145 1º; 163 parág. 1º; 165 parág. 1º; y 157 del Proyecto Alperin y sus concordantes.
El primero de estos preceptos del Proyecto Alperin estatuye que el seguro puede constituirse a favor de un tercero; el segundo, lo repite, sea que el tercero sea determinado o determinable al tiempo de producirse la muerte del asegurado, y agrega que el tercero beneficiario adquiere su derecho al producirse el siniestro, salvo pacto en contrario, y salvo que el estipulante disponga otra cosa antes de su muerte, aun cuando la designación se haya hecho en el contrato; el tercero preceptúa que el beneficio instituido a favor de un tercero crea a favor de éste un derecho propio al capital asegurado; y finalmente el cuarto dispone que la designación del beneficiario no está sujeta a forma determinada, aun cuando la póliza exija la forma en que deba hacerse, todo lo cual es conforme con el presente artículo de este Código.
La validez del beneficio instituido a favor de un tercero es conforme con nuestro art. 1082. La designación del beneficiario puede quedar en blanco en el contrato de seguro, pero con la promesa de su designación posterior, como por ejemplo si el estipulante contratase un seguro de vida para el caso de su muerte, pero a beneficio del nieto que oportunamente designará por su nombre y apellido que le sobreviva. Esta designación puede hacerse por testamento, por atribución del capital asegurado a favor de dicho nieto, pero sin ser este un legado. También sería admisible que la estipulación sea concebida a favor de "mis nietos que me sobrevivan", genéricamente designados.
La adquisición directa del derecho al capital asegurado es regla ya establecida por nuestro art. 1086, razón por la cual, el beneficio así instituído no tiene por qué incluirse en el inventario de los bienes relictos dejados por fallecimiento del asegurado. El derecho al beneficio no pasa por la sucesión del estipulante; emana directamente del contrato de seguros.

Art. 2135. — La designación del beneficiario es revocable con las formas mediante las cuales puede ser hecha a tenor del artículo anterior. La revocación no puede hacerse, sin embargo, por los herederos después de la muerte del estipulante, ni después que habiéndose verificado el evento, el beneficiario haya declarado querer aprovecharse del beneficio.

Si el estipulante ha renunciado por escrito al derecho de revocación, ésta no tendrá efecto una vez que el beneficiario haya declarado al estipulante que quiere aprovecharse del beneficio. La renuncia del estipulante y la declaración correlativa del beneficiario se deben comunicar por escrito a la empresa aseguradora.

Ver: art. 1921 C. italiano; 163 in fine; 165 parág. 1º y 2º del Proyecto Alperin y sus concordantes.
La revocabilidad de la designación del beneficiario es principio ya consagrado por nuestro art. 1084, aunque éste le haya declarado que quiere aprovecharse del beneficio. Mas si el estipulante ha renunciado al derecho de revocación, sus herederos no podrán revocar después de su muerte si el beneficiario ha declarado que quiere aprovecharse del beneficio.
Si el tercero beneficiario falleciese antes que el estipulante, sin que su designación haya sido revocada, la prestación del capital asegurado será pagado a los herederos del tercero que sobrevivan al estipulante, como lo estatuye el parág. 2º de nuestro art. 1085, salvo que el tercero hubiese repudiado el beneficio instituído a su favor (art. 1067 de este Código).

Art. 2136. — La designación del beneficiario, aunque sea irrevocable, no producirá efecto si el beneficiario atentare contra la vida del estipulante.

Si la designación es irrevocable y ha sido hecha a título de liberalidad, puede ella ser revocada en los casos previstos en el art. 1929.

Ver: art. 1922 C. italiano. Dado que el derecho del tercero al beneficio del seguro es adquirido por acto entre vivos, y no por sucesión mortis causa, viene su equiparación a una liberalidad hecha por donacion y que por consiguiente pueda ser revocada por ingratitud del tercero beneficiario, aún cuando su designación sea irrevocable por haber el estipulante renunciado a su derecho de revocación, o porque el tercero le hubiese comunicado que quiere aprovecharse del beneficio.

Art. 2137 — Las sumas debidas por la empresa aseguradora al estipulante o al beneficiario no pueden ser sometidas a acción ejecutiva o cautelar. Quedan a salvo respecto de las primas pagadas, las disposiciones relativas a la renovación de los actos realizados en fraude de los acreedores, a la colación, a la imputación y a la reducción de las donaciones.

Ver: art. 1923 C. Italiano; 165 parágs. 2º y 3º del Proyecto Alperin y sus concordantes: 104 ley sueca; 68 a 78 ley francesa.
Nuestro artículo considera que los beneficios provenientes del seguro sobre la vida instituidos a favor de un tercero, quedan fuera del patrimonio del estipulante, razón por la cual sus acreedores no pueden embargarlos o ejecutarlos.
Mas como quiera que las primas pagadas constituyen el único sacrificio patrimonial hecho por el estipulante, y tales inversiones podrían resultar hechas en fraude de los acreedores, o exceder de la porción disponible del estipulante, nuestro artículo salva el derecho de los acreedores defraudados para demandar su revocación por acción pauliana si concurren los extremos exigidos por la ley para el ejercicio de esta acción; y es de los herederos forzosos para demandar la colación o la reducción de dichas liberalidades si éstas perjudican su legítima.

Art. 2138 — Si el estipulante no paga la prima correspondiente al primer año, la empresa aseguradora puede demandarle por cumplimiento del contrato dentro de los seis meses computados desde el vencimiento de la prima. Esta disposición se aplicará también si la prima está dividida en varias cuotas, quedando firme los dispuesto en los dos primeros parágrafos del Art. 2115, caso en el cual el término correrá desde el vencimiento de las cuotas singulares.
Si el estipulante no paga las primas sucesivas dentro del término de tolerancia previsto por la póliza o, en su defecto, dentro del término de veinte días computados desde su vencimiento, el contrato quedará resuelto de pleno derecho, y las primas pagadas quedarán adquiridas por la empresa aseguradora, salvo que existan las condiciones para el rescate del seguro o para la reducción de la suma asegurada.

Ver: art. 1924 C. italiano; 20 ley federal suiza. Todo lo estatuido en el presente artículo es sin perjuicio de lo preceptuado por el art. 2115, que es su antecedente inmediato. Sólo que ahora se provee a la empresa aseguradora de diversas posibilidades de defensa, en cuanto se le faculta a demandar al estipulante por cumplimiento del contrato dentro de los seis meses siguientes al vencimiento de la prima. El art. 28 del Proyecto Alperin, inspirado en los arts. 28 de la ley austríaca y 14 de la ley sueca, preceptúa que si el asegurador exige judicialmente el pago de la prima, queda obligado por el siniestro producido pendiente su reclamación. Mas esta regla no es admitida por el presente Código, porque no alternándose por la demanda judicial lo estatuido en el art. 2115 según el cual si el estipulante no paga la prima o no paga la primera cuota de la prima establecida por el contrato, el seguro queda en suspenso hasta las veinte y cuatro horas del día en que aquél pague todo lo que adeuda. Siendo así, mal podría obligarse a la empresa aseguradora por el siniestro en tanto el estipulante no pague lo que adeuda, por mucho que ella haya demandado judicialmente por cumplimiento del contrato, pues, como es fácil comprender, al estipulante de mala fe le bastaría conocer tan singular disposición de la ley para preferir ser demandado por cumplimiento al pago de la prima en la esperanza de que produciéndose el siniestro durante la substanciación del juicio obtenga el derecho de cobrar el seguro.
La regla del primer parágrafo de nuestro artículo se aplicará igualmente a los casos en que la prima se halle dividida en varias cuotas, por lo que el parágrafo tercero dispone que si el estipulante no paga las cuotas sucesivas en el término de tolerancia establecido en la póliza o, en su defecto, en el término de veinte días computados desde su vencimiento, el contrato quedará de pleno derecho rescindido, y que las cuotas pagadas quedarán a beneficio de la empresa aseguradora, salvo que existan las condiciones para el rescate del seguro o para la reducción de la suma asegurada (Messineo, t. VI, parág. 160, nº 27, d), pág. 178).

Art. 2139 — Las pólizas de seguro deben regular los derechos de rescate y de reducción de la suma asegurada, de modo tal que el asegurado esté en situación, en todo momento, de conocer cuál sería el valor de rescate o de reducción del seguro.

Ver: art. 1925 C. italiano; 157 y 158 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 141 y 142 ley austríaca; 174 ley alemana; 76 a 78 ley francesa; 181 y 184 ley mexicana.
El derecho a rescate confiere al asegurado el derecho de obtener la cuota de reserva matemática o reserva-primas que le pertenece.

"Por reserva matemática, dice Messineo, ha de entenderse el excedente de las cobranzas provenientes de primas netas, sobre el total de los compromisos a que la empresa aseguradora debe hacer frente, por efecto de los riesgos asegurados que se verificarán. Tal reserva, referida a aquellos que, en el mismo año se han asegurado sobre la vida con la misma empresa aseguradora, supera --en los primeros años-- el conjunto de las sumas a pagar, puesto que el conjunto de las primas fijas abonadas por los asegurados singulares, es, en los primeros años, muy superior a las necesidades de la empresa aseguradora (una sola parte de los siniestros tiene lugar cada año); la reserva, por el contrario, será depauperada progresivamente --en los años sucesivos-- puesto que, disminuyendo las primas, por la muerte de los asegurados de la categoría, la empresa aseguradora deberá acudir parcialmente a la reserva matemática, para hacer frente a los pagos a que no baste el conjunto de las primas sucesivamente cobradas.

"Así, pues, la **reserva matemática** tiene una **función integradora** de la masa de las primas.

"La reserva matemática, en cuanto reserva técnica, no debe confundirse con la reserva patrimonial que la empresa aseguradora (como sociedad por acciones) está obligada a reparar.

"Se admite la **reducción del seguro**, por efecto de detenerse el pago de las primas por parte del asegurado (legítimo, solamente después de haber transcurrido un trienio desde la estipulación del seguro). En tal caso, la suma asegurada se reduce, sin que el asegurado deba pagar ulteriores primas; pero la suma será abonada al vencimiento establecido' (ver autor cit. t. VI, parág. nº 27, f) y g), pág. 178).

Conforme con la doctrina precedente, estatuye el art. 157 del Proyecto de Alperin que "Transcurrido tres años desde la celebración del contrato y hallándose el asegurado al día en el pago de las primas, puede en cualquier momento exigir de acuerdo con los planes aprobados por la autoridad de contralor que se insertarán en la póliza:

"a) la conversión del seguro en un seguro exento de pagos ulteriores de primas, por una suma reducida;

"b)la rescisión, con el pago de una suma deteminada;

"c) la restitución de la reserva correspondiente".

Y su art. 158 agrega que: "Cuando en el caso del artículo precedente el asegurado interrumpe el pago de las primas sin manifestar opción entre las soluciones consignadas, dentro de un mes de interpelado por el asegurador, el contrato se convertirá automáticamente en un seguro saldado por una suma reducida".

Por referencia a la **reserva matemática** dispone el art. 13 del Decreto-ley nº 17840 que: "Las empresas de seguros que operan en el ramo de vida, deberán constituir, al cierre de cada ejercicio, sus reservas matemáticas correspondientes a los seguros contratados en el país. Dichas reservas se formarán calculándose la reserva matemática pura íntegra, para cada póliza vigente, sin deducciones de ninguna clase".

Art. 2140 — Los cambios de profesión o de actividad del asegurado no hacen cesar los efectos del seguro, cuando no agraven el riesgo de modo tal que, si el nuevo estado de cosas hubiese existido al tiempo del contrato, la empresa no habría consentido el seguro.

Cuando los cambios sean de tal naturaleza que, si el nuevo estado de cosas hubiese existido en el momento del contrato, la empresa habría consentido el seguro por una prima más elevada, el pago de la suma asegurada se reduce en proporción a la menor prima convenida en relación a la que se habría establecido.

Si la empresa aseguradora declara que quiere modificar el contrato en uno de los dos sentidos indicados, el asegurado, dentro de los quince días siguientes, debe declarar si quiere aceptar la propuesta.

Si el asegurado declara que no acepta, el contrato queda resuelto, salvo el derecho de la empresa a la prima correspondiente al período de seguro en curso y salvo el derecho del asegurado al rescate. El silencio del asegurado vale como adhesión a la propuesta de la empresa.

Las comunicaciones y declaraciones previstas en los parágrafos anteriores, pueden hacerse también mediante carta certificada.

Ver: art. 1926 C. italiano; 152 del Proyecto Alperin.

Norma inderogable del seguro de vida es la relativa al cambio de profesión del asegurado, salvo que el evento asegurado sea su muerte, caso en el cual, el cambio de su profesión o actividad no hace cesar el seguro, a menos que el riesgo se agrave de modo tal que, si el nuevo estado de cosas hubiese existido al tiempo de la celebración del contrato, la empresa aseguradora no habría consentido el seguro. Si tales cambios hubiesen sido conocidos al ajustarse el contrato y el agravamiento del riesgo hubiese importado una prima más elevada, no se rescindirá el contrato, pero perdurará a condición de la reducción de la indemnización prometida, y en proporción a la menor prima convenida, en comparación a la que se habría establecido.

Nuestro artículo contempla dos soluciones: o la empresa aseguradora declara que quiere hacer cesar los efectos del contrato o bien reducir la suma asegurada, o elevar la prima.

El asegurado, por su parte, es puesto en la alternativa de declarar si acepta o no la propuesta. En este último caso, el contrato se resuelve, salvo el derecho de la empresa a la prima en curso y el derecho del asegurado al rescate. El silencio del asegurado vale, por excepción a la norma del silencio del art. 517 del presente Código, como adhesión a la propuesta del asegurador.

Art. 2141 — En caso de suicidio del asegurado, ocurrido antes de que hayan transcurrido dos años desde la celebración del contrato, la empresa aseguradora no está obligada al pago de las sumas aseguradas, salvo pacto en contrario.

La empresa asegurada tampoco está obligada si, habiéndose producido suspensión del contrato por falta de pago de las primas, no han transcurrido dos años desde el día en que la suspensión ha cesado.

Ver: art. 1927 C. italiano; 154 del Proyecto Alperin y sus concordantes: 138 ley austríaca; 169 ley alemana; 62 ley francesa; 190 ley sueca; 186 ley mexicana.
La decisión de estas leyes y la del art. 154 del Proyecto Alperin conforme con los cuales el suicidio del asegurado, libera al asegurador, excepto que se cometa en estado de perturbación mental, que excluya la libre determinación del agente, no es admitida por el presente Código, pues, fuera de la presunción hominis de que todo suicidio supone perturbación mental, la prueba confirmatoria de esta presunción no sería posible una vez muerto el asegurado, dado que a ningún psiquiatra le sería dado reconstruir el estado mental del suicida en el instante de arrebatarse la vida, salvo que el suicidio tenga lugar en forma espectacular en presencia de testigos y rodeado de circunstancias objetivas y subjetivas que autoricen a afirmarlo.
Nuestro artículo, empero, limita la liberación de la empresa aseguradora a sólo 3 casos: de que el suicidio ocurra antes de vencidos los dos primeros años del seguro; de que las partes hayan pactado lo contrario; y de que habiéndose producido la suspensión del contrato por falta de pago de las primas, no hayan transcurrido dos años desde el día en que la suspensión ha cesado.

CAPITULO IV

Del Reaseguro

Art. 2142 — Los contratos generales de reaseguro relativos a una serie de relaciones de aseguramiento, deben ser probados por escrito.
Las relaciones de reaseguros en ejecución de los contratos generales y los contratos de reaseguros por riesgos singulares, pueden ser probados según las reglas generales.

Ver: art. 1928 C. italiano: "Se llama **reaseguro** —dice Messineo— **(o contra-seguro)** el contrato, en virtud del cual, la empresa aseguradora asegura en otra empresa **(reaseguradora)**, el conjunto (reaseguro **total**), o una parte (llamada **excedente**) (reaseguro **parcial**), los riesgos asumidos mediante los contratos estipulados con los propios asegurados. Los riesgos no quedan eliminados, sino que sólo se desplaza su incidencia, en cuanto la empresa aseguradora revierte, en todo o en parte, aquellos riesgos (que son para ella demasiado gravosos) sobre la empresa reaseguradora.
"El reaseguro es una forma particular de seguro **(denominado seguro de responsabilidad)**, donde quien es asegurador sobre la base de una primera relación, se convierte —en la nueva— en asegurado.
"Efecto del reaseguro es, para la empresa reasegurada, la exoneración (reaseguro total) o la limitación de los riesgos asumidos, con el hecho de transferirlos (en el primer caso) o de hacer partícipe de ellos (en el segundo) a otro. Implica, por tanto, el pago de una prima.
En caso de liquidación coactiva de la empresa reasegurada, la reaseguradora debe pagar íntegramente la indemnización debida, salvo la compensación con las primas y los otros créditos. Si caen en liquidación coactiva la empresa reaseguradora, o la reasegurada, los débitos y los créditos que al final resulten del cierre de cuentas, relativos a varios contratos de reaseguro, se compensan de pleno derecho (ver autor cit. t. VI, parág. 160, nº 34, pág. 184).

Art. 2143 — El contrato de reaseguro no crea relaciones entre el asegurado y la empresa reaseguradora, salvo las disposiciones de las leyes especiales sobre privilegio a favor de la masa de los asegurados.

Ver: art. 1929 C. italiano; 521 de nuestro Código de comercio; 4 ley francesa; 20 y 121 del Proyecto Alperin (ver: Segovia, t. II, nota nº 1833, pág. 84).

Art. 2144 — En caso de liquidación coactiva de la empresa reasegurada, la reaseguradora debe pagar íntegramente la indemnización debida a la reasegurada, salvo la compensación con las primas y los otros créditos.

Ver: art. 1930 C. italiano y la nota anterior.

Art. 2145 — En caso de liquidación coactiva de la empresa reaseguradora o de la reasegurada, los débitos y los créditos que, al final del cierre de las cuentas relativas a varios contratos de reaseguro, se compensan de pleno derecho.

Ver: art. 1931 C. italiano.

TITULO XLV

DE LA FIANZA

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art. 2146 — Habrá contrato de fianza cuando expresamente y por escrito una o varias personas se obliguen personalmente a responder de la deuda de un tercero comprometiéndose para con el acreedor a cumplirla en todo o en parte, si el deudor principal no la cumple, y el acreedor aceptare su obligación accesoria.

La fianza puede constituirse, no sólo a favor del deudor principal, sino de otro fiador, y es eficaz aunque el deudor no tenga conocimiento de ella.

Ver: arts. 1986 y 2006 C. argentino; 2335 C. chileno; 2011 y 2014 in fine C. francés; 3004 y 3007 parág. 2º C. de Luisiana; 818 y 626 C. portugués; 1892 y 1823 parág. 2º; y 1827 parág. 1º C. español; 2361 C. colombiano; 2354 C. ecuatoriano; 1358 y 1362 C. boliviano; 2102 y 2107 C. uruguayo; 1807 y 1818 C. venezolano; 1936 C. italiano; 1481, 1482 y 1483 C. brasileño; 1775 y 1776 C. peruano; 2218 y 2222 C. guatemalteco; 2794 C. mexicano; 1301 y 1304 C. costarricense; 3653 C. nicaraguense; 2021 y 2026 C. hondureño; 2011 y 2015 C. de la República Dominicana; 4871 C. de Puerto Rico; 765 y 766 C. alemán; 492 y 493 C. F. S. de las Obligaciones; 739 C. de la República de China; 625 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 706 y 712 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 2127 del Anteproyecto de Bibiloni; 1302 del Proyecto argentino de 1936.

Nuestro artículo se refiere a la fianza contractual, pues, como se verá después, también existe la fianza legal o judicial, de que trataremos más adelante. No basta a la constitución de la fianza que ella sea expresa sino que debe además ser concluída por escrito, tal como también lo exige el art. 766 del C. alemán, el 493 del C. federal suizo de las Obligaciones; 1483 C. brasileño; 1776 C. peruano. No es admitida la fianza tácita o indirecta, ni la que pueda arguirse sobre la base de presunciones, como lo permite el art. 1937 del C. italiano (Messineo, t. IV, parág. 107, nº 3, pág. 137). La importancia práctica de la fianza y los riesgos a que puede exponer al fiador, impone que quien subsidiariamente se obligue por otro preste mayor atención al hacerlo por la observancia de la forma escrita, bajo pena de nulidad del acto, como lo estatuye el art. 125 del C. alemán. Siendo así, el presente Código incluye el contrato de fianza en el grupo de los contratos solemnes.

La fianza de un fiador es vieja figura del derecho romano, según la ley 12, Lib. XLVI, t. I del Digesto, atribuída a Ulpiano: **"Pro fidejussore fidejussorem accipi nequaquam dubuim est"**, o en romance: No se puede dudar de que pueda recibirse un fiador que caucione a otro fiador".

Y dado que el fiador puede ser ofrecido por el deudor principal, nada obsta a que el fiador se ofrezca a caucionar la deuda de otro sin conocimiento de él.

En el primer caso el fiador romano tenía contra el deudor la acción de mandato, y en el segundo la de gestión de negocios: **"Potest accipi fidejusor ejus actionis quam habiturus sum adversus oum pro quo fidejussi, vel mandati, vel negotiorum gestorum"** (L. 4, Lib. XLVII, Tít. I, Digesto).

Lo que no se concibe es que la fianza, siendo un contrato, pueda también constituirse como acto unilateral antes que sea aceptada por el acreedor, como lo preceptúa el art. 1987 del C. argentino, por trasiego de la primera parte del art. 3286 del Esboco de T. de Freitas, mutilado en su redacción por Vélez Sarsfield, sin la condición a que T. de Freitas subordina la propuesta de fianza no aceptada, cual es que se trate de la fianza legal o judicial, de donde viene el equívoco de la posibilidad de la fianza sin aceptación, para evitar el cual Bibiloni agregó a la definición del contrato de fianza del art. 2127 de su Anteproyecto el parágrafo que dice: **"La promesa de fianza no produce efecto alguno si no fuese aceptado por el acreedor"**, lo que sabe a una superfluidad, dado el principio general del consentimiento, consagrado por nuestro art. 1017 inc. 1º

Son, pues, requisitos del contrato de fianza:

1º el consentimiento de las partes, es decir por oferta del que quiere caucionar la deuda de otro y la aceptación del acreedor. No es necesario el concurso del tercero deudor principal, desde que la fianza puede constituirse sin orden o pedido suyo, o sea aun ignorándolo, y también aun contra su prohibición, como lo enseñan: Duranton, t. XVIII, nº 316, pág. 308; 4ª edición; Troplong, **Du Cautionnement et des Transactionnement**, nº 128, pág. 123; Pont, t. II, nº 89, pág. 50; Aubry y Rau, t. VI parág. 423, texto y nota 2, pag. 214, 5ª edición etc.

2º La forma escrita **ad soolemnitatem**.

3º Una deuda válida y exigible en seguridad de la cual la fianza se constituye, salvo que la obligación sea anulable por incapacidad relativa del deudor (art. 1994 C. argentino; 3131 del Anteproyecto de Bibiloni; 1305 del Proyecto argentino de 1936).

4º La obligación personal asumida por el fiador de pagar la deuda de un tercero en el caso de que éste no la pague, requisito al cual se subordina la constitución de una fianza, por oposición al que en caución de una deuda de otro, pone un determinado bien a disposición del acreedor, como en el caso del dador de prenda o de hipoteca, con que limita su responsabilidad al valor de los bienes así gravados. En la fianza, por el contrario, el fiador pone a disposición del acreedor todo su patrimonio en garantía de la responsabilidad que asume. Viene de aquí que los acreedores no garantizados por fianza queden excluídos de concurrir sobre el patrimonio del fiador, sino sólo sobre el patrimonio del deudor principal (ver: Messineo, t. IV, parág. 107, nº 1, pág. 135).

5º La limitación de la obligación asumida por el fiador para el caso de que el deudor principal no la pague, pues, dado su carácter accesorio, no puede tener por objeto una prestación distinta de la que constituye el objeto de la obligación principal, ni exceder el monto de ésta, ni ser subordinada a condiciones más onerosas (Ver Aubry y Rau, t. VI, parág. 423, texto y notas 1 bis a 4, pág. 214 y ss., 5ª edición; Duranton, t. XVIII, nº 311 y ss., pág. 302 y ss., 4ª edición; Pont, t. II, nº 78, pág. 43 etc). El fiador personal se obliga ilimitadamente.

Art. 2147 — La fianza puede ser legal o judicial. Cuando la fianza sea impuesta por la ley o por los jueces, debe el fiador estar domiciliado en el lugar de cumplimiento de la obligación principal y ser abonado, o poseer bienes raíces conocidos, o por gozar en el lugar de un crédito indisputable de fortuna. Los jueces pueden admitir en vez de ella prendas o hipotecas suficientes.

Ver: arts. 1998 y 2000 segunda parte C. argentino; 2336 parág. 2º y 2337 parág. 2º C. chileno; 2362 parág. 2º y 2363 parág. 2º C. colombiano; 2355 parág. 2º y 2356 parág. 2º C. ecuatoriano; 2103 C. uruguayo; 1811 C. venezolano; 1365 y 1367 C. boliviano; 2795 C. mexicano; 1306 C. costarricense; 3554 C. nicaragüense 2022 C. hondureño; 2018 y 2019 C. de la República Dominicana; 1823 C. español; 4872 C. de Puerto Rico 2136 y 2138 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1316 del Proyecto argentino de 1936

La admisión por el juez de una garantía real en vez de personal de la fianza contractual la cual es por su naturaleza limitativa de la responsabilidad del fiador judicial o legal al valor de la cosa gravada en prenda o hipoteca. Al admitirla, debe el juez proceder con el criterio con que el acreedor contemplaría la garantía que se le ofrece por el fiador, exigiendo de él la prueba — de su indisputable solvencia, y excluyendo los bienes embargados o los litigiosos y los situados fuera de la República, que escapan a su jurisdicción.

Art. 2148 — Pueden ser fiadores todos los que tienen la libre administración de sus bienes.

No pueden serlo:

1º Los menores emancipados, aunque obtengan licencia judicial;

2º Las corporaciones y fundaciones con personería jurídica;

3º Los padres, tutores y curadores de incapaces, en representación de éstos, aunque sean autorizados por el juez;

4º Los administradores de sociedades si no tuvieren poderes especiales para afianzar. Quedan incluídos entre ellos los de sociedades por acciones;

5º Los mandatarios a nombre de sus constituyentes si no tuvieren poderes especiales;

6º El cónyuge, que habiéndose casado bajo el régimen de comunidad de gananciales sea el administrador de dicha comunidad.

Ver: arts. 2011 C. argentino; 3291 excepto sus incisos 2º y 8º del Esboço de T. de Freitas; 2147 del Anteproyecto de Bibiloni; 1303 del Proyecto argentino de 1936; 2342 C. chileno; 2368 C. colombiano; 2361 C. ecuatoriano; 1810 C. venezolano; 2220 y 2221 C. guatemalteco; 2802 C. mexicano; 1305 y 1306 C. costarricense; 1828 C. español; 2018 C. de la República Dominicana; 4877 C. de Puerto Rico; 260 inc. III) del presente Código; 235 inc. III) C. brasileño.

Manumitida por el presente Código la mujer mayor de edad casada de la potestad marital, sólo se vería incapacitada de dar fianzas si fuese ella nombrada administradora de la comunidad, como lo sería igualmente su marido, si tal nombramiento recayese en él por estipulación de las capitulaciones matrimoniales. Fuera de estos casos, la mujer casada mayor de edad, que optó por el régimen legal de separación de bienes, podría dar fianzas. Siendo así, mal podríamos haber trasegado al presente artículo lo dispuesto por el inc. 6º del art. 2011 del Código argentino, inspirado en la absurda incapacidad de ella por el hecho de pasar a nupcias sin embargo de haber sido plenamente capaz siendo soltera

Art. 2149 — Puede afianzarse una deuda futura o condicional cuyo objeto sea determinado aunque su monto sea indeterminado. En este supuesto, sólo valdrá la fianza si se constituye por una suma limitada dentro de la cual esté obligado el fiador por todo concepto.

Ver: arts. 1989 C. argentino; Pothier, **Traité des Obligations, IIe Partie, in Oeuvres**, t. II, nº 399, pág. 215, Zachariae, t. V, parág. 757, texto y nota 2, pág. 59; Troplong, **Du Cautionnement et des Transactions**, nº 50, pág. 58; Duranton, t. XVIII, nº 297, pág. 291, 4ª edición; Pont, t. II, nº 28 y 29, pág. 16 y ss; Aubry y Rau, t. VI, parág. 423, texto y nota 5, pág. 216; Planiol, t. II, nº 2328, pág. 749, 9ª edición; Baudry Lacantinerie y Wahl, **Des Contrats Aleatoires, Du Mandat, Du Cautionnment, De la Transaction**, Nº 950, pág. 509, Rouast, Savatier y Lepagneur in Planiol y Ripert, t. XI, Nº 1516, pág. 877 etc.; y arts. 1938 C. italiano; 2106 parág. 2º C. uruguayo; 2339 C. chileno; 2365 C. colombiano; 2358 C. ecuatoriano; 2798 C. mexicano 1825 C. español; 3657 C. nicaragüense; 2024 C. hondureño; 4874 C. de Puerto Rico; 1485 C. brasileño; 494 parág. 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 765 in fine C. alemán; 3295 y 3296 del Esboço de T. de Freitas; 2124 del Anteproyecto de Bibiloni; 1305 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

La legitimidad de la fianza anticipada de una obligación futura que ha de tener efectos sólo a partir de la constitución de la deuda principal, y que por esta razón permita al fiador cambiar de voluntad o mejor dicho revocarla, mereció la consagración de las antiguas leyes romanas, como la ley 6, parág. 2 del Lib. XLVI, Tit. 1, del Digesto, atribuida a Ulpiano: **"Adhibieri autem fidejussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest: dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio"**. En tanto la obligoción principal no haya nacido, el fiador no puede ser demandado. **Fidejussor, antequam reus debeat, conveniri non potest** (Ley 57). El fiador no puede ser obligado a favor de aquél respecto de quien el deudor no está obligado: **Fidejussor obligari non potest el apud quam reus promittendi obligatus non est** (Ley 16, Dig.) (ver: Pothier, **opus cit. in Oeuvres**, t. II, Nº 399, pág. 315). Bien dice Duranton que en este caso, como en otros semejantes, la caución, siquiera dada antes que la principal haya sido contratada, no la precede en sus efectos, sino que, sólo la acompaña, porque siendo un accesorio, no puede subsistir sin una obligación principal. La condición tácita a que la fianza anticipada es contratada no produce efectos retroactivos, porque la retroactividad de la condición cumplida sólo tiene lugar cuando existe la obligación.

A sugestión de Bibiloni, nuestro artículo modifica lo estatuído por el artº 1993 del C. argentino, según el cual puede afianzarse la obligación de valor indeterminado, sin distinguir la obligación constituída, de la

obligación futura. Bibiloni, inspirado en el art. 493 del C. Federal suizo de las Obligaciones decide en el art. 2129 de su Anteproyecto que la fianza (de una deuda futura) **será nula si no se constituyera por una suma limitada** porque "no debe abandonarse —dice él— a las especulaciones del deudor y a la complacencia del acreedor que porque está asegurado echa la carga sobre el fiador, el acrecimiento de la obligación sin acuerdo de éste" (ver autor y opus cits. t. II, 464, edición Kraft).
La verdad es que no se concibe que a nadie se pueda obligar a pagar la deuda de monto incierto de un tercero por mucho que la fianza haya sido constituida por anticipado, sin exponerse a un desastre financiero preñado de sorpresas.

Art. 2150 — Si la obligación principal nunca existió, o está extinguida, o es de un acto o contrato nulo o anulado, será nula la fianza.
Si la obligación principal se deriva de un acto o contrato anulable, la fianza será también anulable. Pero si la causa de la nulidad fuese alguna incapacidad relativa al deudor, el fiador, aunque ignorase la incapacidad relativa al deudor, será responsable como único deudor.

Ver: art. 1994 C. argentino; 2012 C. francés; 1939 C. italiano; 822 parág. 1º C. portugués; 1858 C. holandes; 1351 y 1352 C. austriaco; 3005 C. de Luisiana; 1824 C. español; 1359 C. boliviano; 1805 C. venezolano; 1488 parág. 1º C. brasileño; 494 parág. 1º y 3º C. Federal suizo de las Obligaciones; 765 C. alemán; 2797 C. mexicano; 1302 C. costarricense; 3773 C. nicaraguense; 2023 C. hondureño; 2012 C. de la República Dominicana; 4873 C. de Puerto Rico; 710 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3299 y 3300 del Esboco de T. de Freitas; 2131 del Anteproyecto de Bibiloni; 1306 del Proyecto argentino de 1936.
No reproducimos el agregado final al art. 1994 del C. argentino auspiciado por Bibiloni, por el que se extiende su aplicación a las fianzas constituídas en garantía de las obligaciones procedentes de actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzca efectos civiles (obligación natural), porque el presente Código no disciplina las mal llamadas obligaciones naturales, dado que su único efecto es la **solutio retentio**, materia acerca de la cual basta con un solo precepto de la ley. (Confróntese Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. II, nº 367, pág. 194; Troplong, opus cit. nº 49, pág. 57 y ss.; Zachariae, t. V, parágrafo 757, texto y nota 9, pág. 60; Durantón, t. XVIII nº 302, pág. 297; Aubry y Rau, t. VI, parag. 424, texto y notas 5 y 6, pág. 219 y ss., 5ª edición; Pont, t. II, ns 24 y 34, págs. 15 y 20; Planiol, t. II, nº 2330 y 2331, pág. 749; Rouast, Savatier y Lepargneur in Planiol y Ripert, t. XI, nº 1516 y 1518, pág. 877 y ss., etc.).

Art. 2151 — La fianza no puede tener por objeto una prestación distinta de la que forma la materia de la obligación principal.
Si la obligación principal no tuviere por objeto el pago de una suma de dinero o una prestación apreciable en dinero, sino la entrega de un cuerpo cierto, o algún hecho que el deudor debe ejecutar personalmente, el fiador de ella sólo estará obligado a satisfacer los daños e intereses que se deban al acreedor por inejecución de la obligación.

Ver: arts. 1991 y 1992 C. argentino; 3661 y 3662 C. nicaraguense; 3298 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 423, texto y nota 3 quater, pág. 215, 5ª edición; Zachariae, t. V, parág. 757, texto y nota 10, pág. 60; Troplong, Nº 46, pág. 54, etc.
El fiador no puede estar obligado a otra cosa que la prestada: **In aliam rem fidejussor obligari non potest** (Ley 42, Lib. XLVI, Tít. I, del Dig.).

Art. 2152. — El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal; pero puede por garantía de su obligación constituir toda clase de seguridades. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación constituir toda clase de seguridades. Si se hubiere a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor.
En caso de duda si se obligó por menos, o por otro tanto de la obligación principal, entiéndase que se obligó por otro tanto.

Ver: art. 1995 C. argentino; 2013 C. francés; 1941 C. italiano; 823 C. portugués; 1859 C. holandés; 3006 C. de Luisiana; 1826 C. español; 1360 y 1361 C. boliviano; 2344 C. chileno; 2370 C. colombiano; 2363 C. ecuatoriano; 2108 C. uruguayo; 1806 C. venezolano; 2224 C. guatemalteco; 2799 C. mexicano; 1487 C. brasileño; 1303 C. costarricense; 3665 y 3666 C. nicaraguense; 2025 C. hondureño; 2013 C. de la República Dominicana; 4875 C. de Puerto Rico; 3302 y 3312 del Esboço de T. de Freitas; 711 del Proyecto Italo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 767 C. alemán; 499 del C. F. suizo de las Obligaciones; 632 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 2133 del Anteproyecto de Bibiloni; 1308 del Proyecto argentino de 1936.
Dado que la obligación del fiador no es sino la del deudor principal traída por él a su cargo, mal podría ser más onerosa que ésta sin constituir una deuda distinta. No sería la **suceptic in re aliena obligationis**, como los romanos caracterizaron la obligación del **fidejussor**, verdad de la cual ellos derivaron consecuencias más inflexibles que la de nuestro Derecho. Ulpiano enseña que si la obligación del **fidejussor** es más onerosa que la de la obligación principal, es nula en el todo: "**Illud commune est in omnibus qui pro aliis obligantur, quod si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari**" (Ley 8, parág. 7, Lib. XLVI, Tít. 1 del Digesto).
Mas como la letra y el espíritu de esta jurisprudencia condujeron muchas veces a sacrificar la equidad a la lógica, los propios romanos corrigieron sus efectos al admitir en el caso del pacto **constitutae pecuniae**, semejante a la caución, que el deudor no estaba obligado a más de lo que debía, bajo pena de que obligándole a más, se redujera su obligación a la suma realmente debida.
Tal es el criterio que preponderó en el Derecho Intermedio francés, según puede verse en Pothier, opus cit. In Oeuvres, t. II, Nº 404, pág. 217 y en Troplong, Nº 97, pág. 101 y ss.

El exceso en la obligación del fiador puede apreciarse en relación a la cantidad o monto de la deuda, al tiempo, al lugar del pago, a la condición y al modo.
Así, si por ser ilíquida la obligación principal fuese el fiador obligado a pagar una suma mayor que la resultante de la liquidación, podrá repetir lo que hubiese pagado demás, porque en el caso de duda debe siempre interpretarse que su obligación es conforme con la principal.
Si el deudor principal goza de un plazo de dos años para pagar, el fiador no puede ser constreñido a abonar la deuda dentro de ocho días. (Pothier, opus cit. Nº 372, pág. 195).
Si el fiador se obligó a pagar la deuda en un lugar más lejano que el fijado a la obligación principal puede pagar en este lugar, o sea que puede beneficiarse de esta ventaja, pero no vice versa.
Idéntico principio se aplica tratándose de condición y modalidades.
En caso de duda no se presume que el fiador se obligó a lo menos, sino a la misma e idéntica suma a que se obligó el deudor principal.

Art. 2153. — Si la deuda afianzada era ilíquida y el fiador se obligó por cantidad determinada, sólo responderá por la expresada, aunque por la liquidación de aquélla resultase que excedía del valor prometido por el fiador.

Ver: art. 1996 C. argentino; 3303 del Esboço de T. de Freitas; Pont, t. II, Nº 66, pág. 37. Pothier enseña que en el caso de nuestro artículo, la liquidación de la obligación principal debe hacerse a favor de la obligación del fiador (ver opus cit. Nº 370, pág. 194). Confróntense; arts. 2344 C. chileno; 2370 C. colombiano; 2363 C. ecuatoriano; 2108 C. uruguayo; 1360 C. boliviano; 1826 C. español; 1487 C. brasileño; 1806 C. venezolano; 2799 C. mexicano; 3674 C. nicaraguense; 2134 del Anteproyecto de Bibiloni y 1309 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2154. — Si la fianza fuese del principal o expresase la suma de la obligación principal, comprenderá no sólo la obligación principal, sino también los intereses, estén estipulados o no, pero si la fianza es indefinida, deberá inclusive los gastos judiciales desde la citación al fiador, y los posteriores.

Ver: 1997 del C. argentino; 2016 C. francés; 1942 C. italiano; 1862 C. holandés; 1353 C. austriaco; 1486 C. brasileño; 1827 parág. 2º C. español; 1499 C. federal suizo de las Obligaciones; 767 C. alemán; 2347 C. chileno; 2373 C. colombiano; 2366 C. ecuatoriano, 2107 in fine C. uruguayo; 1364 C. boliviano; 3009 C. de Luisiana; 3670 y 3671 C. nicaraguense; 2026 parág. 2º C. hondureño; 1777 C. peruano; 2016 C. de la República Dominicana; 4876 parág. 2º C. de Puerto Rico; 740 C. de la República de China; 714 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3301 del Esboço de T. de Freitas; 2135 del Anteproyecto de Bibiloni; 1310 del Proyecto argentino de 1936.
Fundamentando Vélez Sarsfield el art. 1997 del C. argentino invoca el principio según el cual la fianza debe siempre entenderse en sentido estricto, y que siendo así por aplicación de la doctrina del art. 1353 del C. austriaco, el fiador que se obligó por un capital que lleva intereses, no responde sino de los intereses que el acreedor tuviese derecho a exigir al tiempo de la constitución de la fianza, y no de los gastos del juicio contra el deudor, razón por la cual excusa su adhesión al alcance que el art. 2016 del Código francés y sus imitaciones han dado a la fianza.
Sensible es el error que indujo a Vélez Sarsfield a sentar como regla única la limitación de la responsabilidad del fiador al capital e intereses de la deuda principal, siquiera en ella no se estipule intereses, cuando de lo que el art. 2016 del Código francés trata es de la llamada "fianza indefinida", por oposición a lo que a la inversa sería la "fianza definida", entendiéndose por la primera la caución por toda obligación que contraiga el deudor principal, sin expresión de la suma de ella, o sea cualquiera sea su monto, y por la segunda la fianza prestada por la suma o el monto de la deuda principal, claramente expresada en el respectivo instrumento, casos ambos igualmente regidos por el principio de la interpretación restrictiva de la voluntad del fiador.
Explicando Troplong el art. 2016 del Código francés nos advierte que "aquí se abre un nuevo orden de las ideas. Mientras el art. 2015 (del mismo Código) ordena no exceder los límites de la fianza cuando esos límites son definidos, da en cambio latitud cuando ella ha sido contratada in universam causam, para expresarme con expresiones de Paulo. Y ella tiene este carácter cuando nada del contrato la restringe de una manera expresa o tácita. En semejante caso, se entiende que el acreedor ha estipulado que será plenamente indemnizado por el fiador. **Indemnem me praestabis.**
"El art. 2012 dispone que ella se extienda a todos los accesorios de la deuda. **Connexorum et dependentium Idem est judicium.** Así el fiador será responsable de los intereses estipulados o no, de los perjuicios e intereses, de toda indemnización por culpa, mala administración, etc. Evidente es, en efecto, que el fiador de una obligación se obliga no sólo a la cosa a que el deudor principal se ha comprometido, sino también a todas las causas no expresadas que puedan provenir de la naturaleza del contrato.
Mas adelante enseña Troplong que "para ser consecuente con estos principios, debe decirse que el fiador es responsable de todos los gastos que el acreedor se ha visto obligado a hacer para hacerse pagar por el deudor recalcitrante; porque esos gastos han sido ocasionados por culpa de este último" (ver: Nº 163, pág. 147).
"Sin embargo —agrega— la antigua jurisprudencia había admitido una moderación a esta decisión. Para impedir que el fiador fuese arruinado por gastos hechos a sus espaldas y que pudo evitarlos pagándolos, se resolvió que él no debe responder de dichos gastos sino a partir de la primera advertencia de la demanda del acreedor contra el deudor principal. El Código francés se adhirió a esta doctrina".
Queriendo el fiador así advertido ahorrarse los gastos causídicos, debe pagar de inmediato la obligación por él cauccionada, con más sus intereses estén o no estipulados. Omitiéndose por el acreedor la advertencia al fiador, los gastos que sigan a la demanda quedará excluídos de la responsabilidad del fiador, como están excluídas las obligaciones extrañas al contrato. (ver: Troplong, opus cit. Nos 157 a 163, pág. 144 y ss.; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. II, Nº 404, texto y nota 3, pág. 217; Pont, t. II, Nº 107, pág. 59; Aubry y Rau, t. VI, parág. 426, texto y nota 3 y 3 bis, pág. 224, 5ª edición; Duranton, t. XVIII, Nº 320 y 321, pág. 312 y ss.; Pont, t. II, Nº 107, pág. 59; Zachariae, t. V, parág. 757, texto y notas 12, 13, 14, 15 y 16, pág. 61 y ss., etc.).

Art. 2155. — El obligado a dar una fianza, no puede substituirla por una prenda o hipoteca, y recíprocamente, contra la voluntad del acreedor, salvo lo dispuesto por el art. 801.

Esta disposición no rige en caso de ser la fianza de ley o judicial.

Ver: arts. 1999 y 2000 parág. 1º del C. argentino; 2337 C. chileno; 2363 C. colombiano; 2356 C. ecuatoriano; 3656 C. nicaraguense; y nuestra nota al art. 801 que es un caso de excepción admitida cuando las partes no han determinado ni el modo ni la forma de la garantía. Ver igualmente los arts. 2137 y 2138 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni.

Art. 2156. — Si el fiador después de recibido llegase al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir que se le dé otro que sea idóneo, salvo que aquél haya sido elegido por el acreedor en virtud de una convención anterior.

Ver: art. 2001 C. argentino; 2020 C. francés; 1943 parág. 2º C. italiano; 825 C. portugués; 1886 C. holandés; 3012 C. de Luisiana; 1829 C. español; 1368 C. boliviano; 2113 C. uruguayo; 1811 parág. 2º C. venezolano; 2349 C. chileno; 2375 C. colombiano; 2368 C. ecuatoriano; 1490 C. brasileño; 2804 C. mexicano; 1800 C. peruano; 1307 C. costarricense; 2020 C. de la República Dominicana; 4878 C. de Puerto Rico; 717 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2139 del Anteproyecto de Bibiloni, 1317 del Proyecto argentino de 1936.

Aun cuando el deudor que proporciona a su acreedor un fiador solvente ha cumplido con su promesa y no tendría culpa alguna de la insolvencia en que con posterioridad a su aceptación cayese éste, la ley, empero, le impone la obligación de darle otro fiador solvente, a menos que el fallido haya sido elegido por el propio acreedor en virtud de un acuerdo o convención con su deudor. Esta excepción fue eliminada del art. 2001 del C. argentino, sin explicación satisfactoria alguna. Harto se comprende la razón que los compiladores del Código francés tuvieron para no hacer pesar sobre el acreedor el riesgo de la insolvencia sobreviniente del fiador, cuando su intención no ha sido otra que la de contar hasta el día del pago con una garantía idónea que le asegure el cumplimiento de la deuda, como ya por Derecho romano decidió Paulo que sobreviniendo una calamidad a un excelente fiador, que le reduzca a la indigencia, conocida que sea la causa, se debe dar una garantía íntegra: "**Quod si medio tempore calamitas fidejussoribus insignis, vel magna inopia accedit, causa cognita, ex integro satisdandum erit**".

Los intérpretes, empero, no estuvieron de acuerdo acerca de la cuestión de saber si la obligación de garantizar la solvencia futura de la caución era general, o bien si ella sólo tenía lugar en los casos de caución judiciaria y legal, dada por orden del magistrado en virtud de una estipulación pretoriana, o sea de la dada en su presencia por las partes, y las que por ser tales debían ser renovadas tantas veces como la caución faltara sin culpa del acreedor. Mas, ningún texto aplicó estas reglas a la caución dada voluntariamente, de suerte que siendo así, el deudor que ha satisfecho su promesa de proporcionar un fiador solvente a su acreedor, no debe responder de la insolvencia sobrevenida a éste **ex post facto**. Tal es la doctrina de Papiniano, según quien: "**Nominis periculum ad creditorem pertinet**", o sea que los riesgos de la insolvencia sobreviniente del fiador es a cargo del acreedor.

Pothier, ya en el Derecho moderno, enseñó una doctrina distinta. Si el fiador se torna insolvente, decía él, no hay duda que, si la caución es judicial o legal, debe suministrar otro fiador, pero si ella es convencional, debe hacerse una distinción: si me he obligado indeterminadamente a dar caución, su insolvencia posterior me obliga a dar otra; y si, por el contrario, sólo me he obligado a dar tal cual fiador, poco importa su insolvencia futura, porque yo sólo me he obligado a dar ese fiador. (ver autor y opus cits. Nº 391, pág. 212).

Colocados los compiladores del Código francés ante estas dos opiniones, optaron por la de Pothier y así decidieron por su art. 2020 que el deudor fuese garante de la solvencia futura de su fiador, así en el caso de que la caución sea convencional, como en el de la caución judicial o legal, con la salvedad de que el fiador haya sido por el acreedor en virtud de una convención con el deudor principal, porque en este caso sólo se debe ese fiador, y no otro. (ver Troplong, opus cit. Nos. 212 a 214, pág. 188 y ss.; Zachariae, t. V, parág. 759, texto y nota 13, pág. 65; Pont, t. II, Nº 141, pág. 76; etc.).

En todos los casos es a cargo del acreedor que, fundado en la insolvencia sobreviniente del fiador, demanda otro que le substituya, la prueba de su insolvencia. Si el acreedor deviene heredero del fiador, se extinguiría por confusión la fianza y siendo así mal podría el acreedor demandar otro fiador, porque no puede quejarse de una confusión que le aprovecha. Por analogía se aplicaría la máxima: **quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.**

Art. 2157. — En las obligaciones a plazo o de tracto sucesivo el acreedor que no exigió fianza al celebrarse el contrato podrá exigirla, si después de celebrado, el deudor se hiciera insolvente o trasladare su domicilio al extranjero.

Ver: art. 2002 C. argentino; 1742 de Goyena; 2348 inc. 2º C. chileno; 2374 inc. 2º C. colombiano; 2367 inc. 2º C. ecuatoriano; 2114 C. uruguayo; 2803 C. mexicano; 1307 parág. 2º C. costarricense; 3679 C. nicaraguense; 2140 del Anteproyecto de Bibiloni; 1311 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2158. — El obligado a dar una fianza debe presentar persona capaz, que posea bienes suficientes para garantizar la obligación y que tenga o elija domicilio en la jurisdicción del lugar donde la fianza deba prestarse.

No haciéndolo así, se dará por decaído el plazo y el deudor quedará obligado al pago inmediato de su deuda.

Ver: art. 2018 C. francés; 1943 C. italiano; 824 C. portugués; 1864 C. holandés; 3011 C. de Luisiana; 1828 C. español; 1366 C. boliviano; 2112 C. uruguayo; 1810 C. venezolano; 2302 C. mexicano; 1489 C. brasileño; 2350 C. chileno; 2376 C. colombiano; 2369 C. ecuatoriano; 1305 C. costarricense; 3675 parág. 2º 3689 C. nicaraguense; 2027 C. hondureño; 2018 C. de la República Dominicana; 4877 C. de Puerto Rico; 715 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 239 C. alemán; Pothier, opus cit. in Oeuvres, t. II, Nº 387, 390, pág. 209 y ss.; Troplong, Nº 175 a 202, pág. 156 y ss.; Zachariae, t. V, parág. 758, texto y notas 5 a 7, pág. 64; Aubry y Rau, t. VI, parág. 425, pág. 221, 5ª edición; Duranton, t. XVIII, Nº 323, pág. 314 y ss.; Pont, t. II, Nos. 112 a 135, pág. 62 y ss.; etc.).

Art. 2159. — Las cartas de recomendación en que se asegura la probidad y solvencia de alguien que gestiona créditos, no constituyen fianzas.

Si las cartas de recomendación fuesen dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las otorgue será responsable del daño que sobreviniere a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado.

Ver: arts. 2008 y 2009 C. argentino; 3321 inc. 1º y 3322 del **Esboço** de T. de Freitas.
La voluntad de constituirse fiador no puede ser inducida de circunstancias, por concluyentes que parezcan. Para que ella sea eficaz debe ser expresamente declarada. (Aubry y Rau, t. VI, parág. 424, texto y nota 2, pág. 218, 5ª edición).
La responsabilidad a que se refiere el parág. 2º de nuestro artículo se funda en la aserción falsa de lo verdadero o sea en el dolo del otorgante de la carta de recomendación concebida de mala fe. Ver: 2145 del Anteproyecto de Bibiloni y 1318 del Proyecto argentino de 1936; 3685 y 3686 C. nicaragüense.

Art. 2160. — No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dió la carta probase que no fue su recomendación la que indujo a contratar con su recomendado, o que después de su recomendación le sobrevino la insolvencia al recomendado.

Ver: arts. 2010 C. argentino; 323 del **Esboço** de T. de Freitas; 2146 del Anteproyecto de Bibiloni y 1319 **in fine** del Proyecto argentino de 1936; 3587 C. nicaragüense.

CAPITULO II

De las relaciones entre acreedor y fiador

Art. 2161. — El fiador está obligado solidariamente con el deudor principal al pago de la deuda.

Las partes pueden convenir, sin embargo, que el fiador no sea obligado a pagar antes de la excusión del deudor principal. En tal caso, el fiador que sea demandado por el acreedor y quiera valerse del beneficio de excusión, debe indicar los bienes del deudor principal que deben ser sometidos a ejecución.

Salvo pacto en contrario, el fiador está obligado a anticipar las costas necesarias.

Ver: art. 1944 C. italiano; 480 y 481 de nuestro C. de comercio; 258 C. brasileño de comercio; 851 C. portugués de comercio; 611 C. uruguayo de comercio; 533 C. ecuatoriano de comercio; 414 C. venezolano de comercio.
Comparado el presente artículo con lo dispuesto por los arts. 2003, 2004, 2012 y 2013 del C. argentino, se advertirá el cambio radical que traduce, al substituir la **fianza solidaria** a la **fianza simple** del Derecho tradicional inspirado en los arts. 2021 a 2027 del C. francés y los demás códigos vaciados en sus viejos moldes: 1907 a 1914 del C. italiano de 1865, ya abrogado; 1830 a 1837 del C. español; 3014 a 3020 del C. de Luisiana; 1369 a 1374 del C. boliviano; 2117 a 2127 C. uruguayo; 1812 a 1820 C. venezolano; 1491 a 1501 C. brasileño; 830 a 837 C. portugués; 771, 772, 773, y ss., del C. alemán; 495, 496 y ss., C. Federal suizo de las Obligaciones; 2353 a 2368 C. chileno; 2379 a 2393 C. colombiano; 2372 a 2387 C. ecuatoriano; 2225 inc. 1º, 2227 y ss., del C. guatemalteco; 1778 y ss., del C. peruano; 2814 y ss., C. mexicano; 1312 y ss., del C. costarricense; 3576 y ss., del C. nicaragüense; 2029 y ss., del C. hondureño; 2021 y ss., del C. de la República Dominicana; 4891 y ss., del C. de Puerto Rico; 745 y ss. del C. Civil de la República de China; 633 y ss., del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 719 y ss., del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3326, 3329, 3332 y ss., del Esboço de T. de Freitas; 2141, 2142, 2148 y ss., del Anteproyecto de Bibiloni; 1313, 1314, 1319 y ss., del Proyecto argentino de 1936, etc.
Como se ve, la fianza simple en las relaciones de Derecho común se ha impuesto como derecho uniforme en la legislación civil de casi todas las naciones de la Europa central y de nuestra América, por oposición a la **fianza solidaria**, reservada a la **fianza comercial**, acaso en consideración a la mayor agilidad de los negocios mercantiles comparados con los netamente civiles. Viene esta uniformidad impuesta por la poderosa influencia que el Código francés ejerció sobre los doctrinadores que bebieron información en el Derecho justinianeo, incluso los de los pueblos germanos. Viene en efecto esta doctrina de la célebre Novela 4, c 1 de Justiniano según la cual si estando presentes deudor y fiador, devenía insolvente el primero, era permitido demandar al segundo, lo mismo que si el deudor principal se encontraba ausente. El juez debía acordar al fiador un plazo para darle tiempo de prevenir y hacer comparecer al deudor, expirado el cual, el fidejussor debía ser perseguido. (ver el texto latino en **Code et Novelles de Justinien**, t. III, pág. 404, versión francesa de la edición Elzévirs, revisada por Godefroy, París, 1806).
Esta excepción concedida al fiador recibió el nombre de **beneficio de discusión** que según el propio Justiniano procede de una ley antigua, que Troplong supone de la época de Quintiliano, y que Cujas hace remontar a las XII Tablas. Troplong, empero, estima que la **fianza solidaria** estuvo en vigor en la época de los Antoninos. Trae a cuento que en el año 209, Alejandro Severo desaprobó la decisión de sus procuradores que habían ordenado a un acreedor a demandar al deudor principal antes de recurrir al fiador. "**Jure nostro**, dice Caracalla, **est potestas creditori, relicto reo, eligendi fidejussores, nisi inter contrahentes aliud placitum doceatur**". Esta jurisprudencia, agrega Troplong, se mantuvo en la época de Diocleciano; "**Habeat creditor liberam electionem**", y él encontrándola ajustada a una lógica inflexible, en cuanto la

caución ofrece dos deudores al acreedor, dueño por consiguiente de elegir a aquél de los dos que le sea más cómodo o le ofrezca mayor utilidad, la justifica plenamente (ver autor y opus cits. Nº 224 a 229, pág. 206 y ss.).

Abrogado en Italia el C. de comercio de 1883, con mira a la unificación interna del Derecho Privado, tal como tiene lugar en el presente Código, lógico era que al abrogar los mencionados preceptos del Código argentino consagratorios de la **fianza simple**, los substituyésemos por la **fianza solidaria** propia de la ley mercantil, sin perjuicio de la libertad conferida a las partes de estipular el beneficio de excusión a favor del fiador requerido por el acreedor, pero con la obligación de indicar los bienes del deudor principal que deban ser sometidos a ejecución. Del mismo modo, pueden las partes convenir que el fiador no estará obligado a anticipar los fondos para responder a las costas exigidas por la ejecución del deudor. No conviniendo en ello, el fiador estará obligado a anticiparlos.

La solidaridad legal de la fianza no modifica la naturaleza **accesoria** de la relación jurídica nacida por razón de ella respecto de la obligación principal, frente al acreedor, tanto que si el fiador se obliga a pagar sólo después de la excusión del deudor, su obligación se convierte en **eventual y subsidiaria**, como en la fianza simple. (ver: Messineo, t. IV, parág. 107, Nº 2, pág. 136).

Art. 2162. — El fiador puede oponer a la acción del acreedor todas las excepciones propias, y las excepciones que correspondan al deudor principal que no provengan de su incapacidad personal.

Ver: art. 2020 C. argentino; 2036 C. francés; 1945 C. italiano; 854 C. portugués; 1884 C. holandés; 3029 C. de Luisiana; 1853 C. español; 2125 C. uruguayo; 2354 C. chileno; 2380 C. colombiano; 2373 C. ecuatoriano; 1502 C. brasileño; 506 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1832 C. venezolano; 1798 C. peruano; 2812 C. mexicano; 1311 C. costarricense; 3695 C. nicaraguense; 2052 C. hondureño; 2036 C. de la República Dominicana; 4932 C. de Puerto Rico; 2155 del Anteproyecto de Bibiloni; 1325 del Proyecto argentino de 1936; 635 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 768 C. alemán; 736 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3339 del Esboço de T. de Freitas.

No sólo porque la obligación del fiador es la misma que la del deudor principal, tanto que no puede exceder el monto de ésta, ni ser estipulada bajo condiciones más onerosas, los medios de defensa del deudor principal contra las exigencias del acreedor son comunes al fiador, como lo estatuyen aun los códigos que, a imitación del C. francés, no hacen al fiador deudor directo de la obligación principal, sino porque estando él solidariamente obligado con él al pago de la deuda, como lo dispone nuestro art. 2161, lógico es que pueda oponer a la acción del acreedor las **excepciones reales** propias y las que correspondan al deudor principal, con excepción de las **excepciones personales** de éste, como las fundadas en su incapacidad, minoridad, interdicción, etc., tal como lo estatuye el presente artículo.

Si el fiador es codeudor solidario del deudor principal, se daría entre ambos la correalidad que, siguiendo a Ribbentrop, definimos en nuestro Tratado de las Obligaciones, como unidad de vínculo con pluralidad de **relaciones subjetivas** (ver opus cit. t. II, Nº 830, pág. 40). Harto se sabe que, siendo así, nada empece a la solidaridad que los deudores singulares estén cada uno obligado con modalidades diversas frente a los acreedores singulares; ni que la incapacidad del deudor que se obligó con otros que son capaces, como la incapacidad de un acreedor que estipuló con otros que son capaces, pueda excluir la solidaridad, como está dispuesto por nuestro art. 978, y así lo explicamos en nuestro Tratado de las Obligaciones, t. II, Nº 851, pág. 67.

Por aplicación de estos mismos principios, el codeudor solidario puede oponer a la acción del acreedor las **excepciones reales o in rem**, fundadas en la dación en pago, la novación, la compensación, confusión o remisión de la deuda hecha por cualquiera de los acreedores y con cualquiera de los deudores, como está dispuesto por nuestro art. 983 y así lo explicamos en nuestro Tratado de las Obligaciones t. II, Nº 858, pág. 72.

Limitadas a las **excepciones reales** las defensas del codeudor solidario, ocioso es que esté privado del derecho de invocar las **excepciones personales fundadas** en la minoridad, incapacidad, interdicción, etc., de otro de sus codeudores, las que por ser inherentes a su persona, no pueden trasmitirse, además de que la causa así invocada no perjudicaría a la solidaridad, de suerte que toda pretensión fundada en ella no pasaría de ser una chicana, o el ejercicio abusivo de su derecho, indigno de la protección de la ley.

La reseña que antecede de la historia de la fianza solidaria permite creer que estas defensas in rem fundadas en que la obligación del fiador es la misma de la del deudor principal (**idem esse fidejubeo**) proceden del Derecho de la época de los Antoninos, las que, con el correr de los años, cuando por la influencia de Justiniano fue morigerado el derecho del acreedor, al punto de acordársela al fiador el **beneficio de discusión**, en virtud del cual, primero había de inquietarse al deudor principal, ya que era él quien se había beneficiado con la obligación y en interés de quien el contrato se había celebrado ("**Sed veniant primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit**"), la obligación del fiador fue considerada como **accesoria de la principal que no hacía de él deudor directo de ella**, como reza el art. 2004 del C. argentino, inspirado en Aubry y Rau,, aunque el fiador se haya obligado solidariamente (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 423, texto y nota 7, pág. 217, 5ª edición; y art. 3310 del **Esboço** de T. de Freitas).

Singular solidaridad ésta que separa la obligación del fiador de la del deudor como lo accesorio puede estar separado de lo principal, así la llave en relación a la puerta; el marco hecho para contener y conservar un cuadro, en relación a éste; un galón de oro, aunque valga más que el paño a que se ha unido para adorno, en relación a éste, etc. (ver nota al art. 2333 del C. argentino).

Verdad es que tal separación de la obligación del fiador de la del deudor principal, por mucho que la caución sea solidaria, no tiene otra explicación que al favor de la concepción francesa de la solidaridad, como pluralidad de vínculos con unidad de prestación, pero tan preñada de errores que siendo así, no habría manera de distinguirla de la indivisibilidad, en la que igualmente se da la pluralidad de vínculos con unidad de prestación, y tan graves son que en la nota 7 al citado texto de Aubry y Rau, se encargan éstos de advertir al lector que "según Duranton, t. XVIII, Nº 332, pág. 329, 4ª edición; y Zachariae, t. V, parág. 760, texto y notas 14 y 15, pág. 70, la caución solidaria debría, en sus relaciones con el acreedor, ser considerado, desde todo punto de vista, como codeudor solidario, y no conservaría su calidad de caución sino en relación al deudor principal". Sibilino es este desdoblamiento de la fianza solidaria, en simple caución respecto al deudor principal, y no respecto del acreedor, como enseñan Troplong, Nº 522, pág. 451, 4ª edición; y Pont, t. II, Nº 13, pág. 7, cuando el art. 2021 del C. francés preceptúa expresamente que obligándose solidariamente el fiador, el efecto de su compromiso se regula por los principios que se han establecido para las deudas solidarias.

A lo que parece, tanto Troplong, como Pont admiten que "si la estipulación de solidaridad es una prueba manifiesta y directa de que el fiador ha renunciado al beneficio de discusión, no prueba que haya renunciado a su calidad de deudor accesorio y a los privilegios que de ella deriva". Mas nosotros, que no comulgamos con la famosa teoría de la pluralidad de vínculos con unidad de prestación en la correalidad, mal podríamos admitir que el fiador pueda desdoblar su calidad en dos funciones: una respecto del deudor principal y otra respecto del acreedor, cuando su facultad de oponer excepciones in rem contra la persecución del acreedor es inherent a su calidad de **codeudor solidario**, por mucho que de ella goce igualmente el fiador simple del Código francés y sus imitaciones.

Los códigos de Chile (art. 2354), de Colombia (art. 2380) y el del Ecuador (art. 2373), estatuyen que "el

fiador puede oponer al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa gada; pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el de que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir. Son excepciones reales —agregan— las rentes a la obligación principal".

La excepción de dolo procede del estracto de una carta del Emperador Gordiano a Claudio, cuando le "Si indebitam pecuniam, quasi ex causa fidejussionis obstrictus, in cautionem per errorem deduxisti: doli mali exceptione uti, quam condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes", o en romance: como fiador habéis prometido pagar una suma que no debéis ni en esta calidad, ni en ninguna otra, p usar de la excepción de dolo, o ejercer la acción condicional, a fin de que seais declarado eximid esa obligación contraída sin fundamento". (Código, Lib. VIII, Tít. XLI, 15, in Code et Novelles de tinien, t. III, pág. 406, versión de la edición de Elzévirs, revisada por Godefroy, Paris 1806).

Mas el vicio de dolo que por derecho romano permitia atacar una obligación por vía de la excepció dolo, sólo podría hacerse valer en nuestro derecho por vía de acción ejercida por quien lo haya su o por su representante. Mas en la solidaridad de nuestro derecho no se conoce el "mandato recípr de la solidaridad del Derecho francés. Lo mismo cabe decir del vicio de violencia. La cosa juzgad excepción perentoria admitida por nuestra ley de enjuiciamiento civil que el codeudor solidario p sin duda invocar, a tenor de nuestro art. 990.

Además, el fiador a que se refieren esos tres Códigos, es el fiador simple, no el solidario.

Art. 2163. — Si varias personas han prestado fianza por un mi deudor y en garantía de una misma deuda, cada una de ellas está oblig por la deuda entera, salvo que se haya pactado el beneficio de división

Ver. art. 1946 C. italiano; 2025 C. francés; 835 C. portugués; 1373 C. boliviano; 1493 parág. 1º C. leño; 1873 C. holandés; 3018 C. de Luisiana; 1818 C. venezolano; 2827 C. mexicano; 769 C. alemán; C. austriaco; 3312 del Esboço de T. de Freitas; 724 de IProyecto ítalo-francés del C. de las Obliga y los contratos; 636 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2025 C. de la Rep Dominicana.

Distinto es el sistema observado en los otros Códigos, según los cuales, habiendo pluralidad de fia se entenderá dividida la deuda entre ellos, por partes iguales, salvo que se hayan obligado solidaria Ver: arts. 2024 C. argentino; 1837 C. español; 497 C. Federal suizo de las Obligaciones; 2367 C. ch 2392 C. colombiano; 2386 C. ecuatoriano; 2127 C. uruguayo; 2233 C. guatemalteco; 1783 C. peruano; C. nicaraguense; 2036 C. hondureño; 4898 C. de Puerto Rico; 2158 del Anteproyecto de Bibiloni.

El beneficio de división, dice Troplong, es otra de las excepciones a la fianza solidaria admitida a del beneficio de discusión o de excusión. Antes que él recibiera carta de ciudadanía en el Derecho ro la ley **Furia estatuyó** que la obligación de los **sponsores** y **fidepromissores** no podía durar más d años, y que si eran varios, quedaba ella de pleno derecho dividida entre aquellos que existían al de su exigibilidad. Tal decisión era evidentemente más favorable a la caución que al interés del acr Mas cuando la **fidejussio** recibió carta de ciudadanía en el Derecho romano, no participó de esa dispo de la ley **Furia**, porque contratándose la fidejussio por la fórmula de la **stipulatio**, todos los que vamente respondían por la **spondeo** a la interrogación del acreedor, quedaban obligados **in solidum**, acreedor facultado a demandar por el todo al fidejussor de su elección, la cual, una vez hecha y de la **litis contestatio**, se liberaban los otros. Harto se sabe que la **litis contestatio** era producto novación. Bajo Adriano, el edicto del Pretor dispuso que el acreedor dividiera su acción entre tod **fidejussores** solventes en el momento de la listiscontestatio, de tal suerte que si uno de ellos insolvente, los otros quedaban obligados a pagar su cuota parte en la deuda. Esta división fue ac por sentimientos de humanidad a los que pagaban la deuda de otro. Era esto un retorno a la Ley con graves modificaciones. Justiniano dispuso por la Ley 28 del Código que de ninguna manera l ción que el acreedor haga de uno de los fidejussores o del propio deudor, libere a los otros fidej ni al deudor, a menos que el elegido por el acreedor haya pagado el todo. "Et ideo general sancimus, nullo modo electione unius ex fidejussoribus, vel ipsius rei alterum liberari; vel uno alacto, liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: sed manere jus integrum, donec in solidum ei niae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat" (a Juan, Prefecto del Pretorio, in Code et Novelles tinien, t. III, pág. 411).

Esta solidaridad de los fidejussores fue mantenida en Roma aun después que la estipulación había recido, de donde Troplong infiere que ella no derivaba tanto de la forma o sea de la solemnic acto, como de su propia naturaleza.

Según nuestro autor, la caución de varios fiadores encierra una solidaridad innata. Cada uno de por la fuerza de una presunción irresistible, era considerado que se obligaba por el todo. La ju dencia francesa adoptó el último estado de la legislación romana. El art. 2025 del Código de N trasegó al Derecho francés el Derecho de las Institutas y del Código de Justiniano. (ver: Troplong cit. Nº 281 a 290, pág. 258 y ss.; Pothier, opus cit. Nº 415, pág. 227; Zachariae t. V, pará texto y nota 19, pág. 71; Duranton, t. XVIII, Nº 341, pág. 343, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, 426, texto y notas 20 y 21, pág. 230, 5ª edición; Pont, t. II, Nº 187 y ss., pág. 101 y ss.; etcé

Nuestro artículo, empero, se diferencia del art. 2026 del C. francés, porque mientras éste confiere d derecho a cada fiador el beneficio de división, al menos que lo haya renunciado, nuestro artículo como su fuente, le obliga al pago de la deuda entera, salvo que se haya pactado el beneficio de d Siendo así, nuestro artículo contempla más el interés del acreedor que el de los fiadores solida un mismo deudor y de una misma deuda.

Ar. 2164. — Si se ha estipulado el beneficio de división, todo f que sea demandado para el pago de la deuda entera, puede exigir q acreedor reduzca su acción a la parte debida por él.

Si alguno de los fiadores era insolvente en el momento en que ot hecho valer el beneficio de división, éste será obligado por dicha inso cia en proporción de su cuota, pero no responderá de las insolvencia sobrevengan.

Ver: art. 1947 C. italiano; 2026 C. francés, con la diferencia que apuntamos en la nota al artícu rior; 835 parág. 1º y 836 C. portugués; 1874 C. holandés; 3018 C. de Luisiana; 1837 C. español; 1374 C. boliviano; 1493 C. brasilaño; 1837 C. español; 497 C.F.S. de las Obligaciones; 2024 C. a 2367 C. chileno; 2392 C. colombiano; 2386 C. ecuatoriano; 2127 C. uruguayo; 1819 C. venezolano; mexicano; 3703 y 3704 C. nicaraguense; 2036 C. hondureño; 2025 y 2026 C. de la República Dom 2158 del Anteproyecto de Bibiloni; 3312 del Esboço de T. de Freitas.

No es uniforme en estos códigos la regulación del derecho de división.

El beneficio de división se halla abolido por los arts. 769 del C. alemán y 1359 del austriaco.

Art. 2165. — El fiador del fiador no está obligado frente al acreedor sino sólo en el caso de que el deudor principal y todos los fiadores de éste sean insolventes o sean liberados por ser incapaces.

Ver: arts. 1948 C. italiano; sin antecedentes en los otros códigos.

CAPITULO III

De las relaciones entre fiador y deudor principal

Art. 2166 — El fiador que pagare la deuda afianzada, aunque se hubiere obligado contra la voluntad del deudor, queda subrogado en todos los derechos, acciones, privilegios y garantías anteriores y posteriores a la fianza del acreedor contra el deudor, sin necesidad de cesión alguna. Esta disposición comprende los privilegios de la hacienda pública.

Ver: art. 2029 C. argentino; 2029 C. francés; 1949 C. italiano; 1358 C. austriaco; 1877 C. holandés; 839 parág. 1º C. portugués; 3022 C. de Luisiana; 1839 C. español; 1376 C. boliviano; 2132 C. uruguayo; 1822 C. venezolano; 2370 C. chileno; 2395 C. colombiano; 2389 C. ecuatoriano; 1495 C. brasileño; 774 C. alemán; 505 C.F.S. de las Obligaciones; 2237 C. guatemalteco; 1789 C. peruano; 2830 C. mexicano; 1317 y 1318 C. costarricense; 5706 C. nicaraguense; 2038 C. hondureño; 2029 C. de la República Dominicana; 4912 C. de Puerto Rico; 728 y 729 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3348 del **Esboço** de T. de Freitas; 2163 del Anteproyecto de Bibiloni; 1929 del Proyecto argentino de 1936.
La subrogación del que estando obligado por otro paga al acreedor en los derechos de este, es de derecho común, en los términos de nuestros arts. 827 inc. 2º y 828. Y dado que el fiador es solidario con el deudor principal, el pago hecho por él al acreedor le confiere acción para exigir de éste la contribución de su parte, a tenor de lo dispuesto por nuestro art. 992.
Natural es que si el fiador, a sabiendas de ser solidario del deudor principal, por disposición de la ley, no tomase la precaución de estipular con el acreedor la previa excusión de los bienes del deudor, y con éste alguna seguridad que le permita reembolsarse el capital, intereses y gastos que hubiere hecho al desinteresar al acreedor, se expondría a desagradables consecuencias, por aplicación de las leyes que disciplinan la correalidad de nuestro derecho, con que con un adarme de mala fe podría el deudor principal embrollarle. En previsión de toda chicana viene lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 2167. — El fiador que ha pagado tiene repetición contra el deudor principal, aun cuando éste no tuviere conocimiento de la fianza prestada.

La repetición comprende el capital, los intereses y costas, y los intereses legales desde el día del pago, como también la indemnización de todo perjuicio que le hubiere sobrevenido por motivo de la fianza. Si la deuda principal producía intereses en medida superior al tipo legal, el fiador tiene derecho a éstos hasta el reembolso del capital.

Si el deudor es incapaz, la repetición del fiador será admitida sólo dentro de los límites de lo que haya redundado en beneficio suyo.

Ver: art. 2030 C. argentino; 2028 C. francés; 1950 C. italiano; 838 C. portugués; 3021 C. de Luisiana; 1838 C. español; 1495 a 1497 C. brasileño; 774 C. alemán; 1358 C. austriaco; 505 C.F.S. de las Obligaciones; 2131 C. uruguayo; 1821 C. venezolano; 2370 C. chileno; 2395 C. colombiano; 2389 C. ecuatoriano; 1784 C. peruano; 2829 C. mexicano; 3705 C. nicaraguense; 2037 C. hondureño; 1318 C. costarricense; 2028 C. de la República Dominicana; 4911 C. de Puerto Rico; 729 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3348, 3352 y 3353 del **Esboço** de T. de Freitas; 2164 del Anteproyecto de Bibiloni; 1329 del Proyecto argentino de 1936.
Como nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro, ni sufrir daño por haber hecho un servicio, no está permitido que el fiador que, por favorecer a un amigo, le pagó su deuda, pero sin ánimo de hacerle una donación, quede burlado, sin medios legales de obtener el reembolso de la suma gastada en obsequio del deudor principal. Razones de equidad así lo aconsejan. Y no es novedad que digamos, porque ya desde el Derecho romano se proveyó por la acción **depensi** instituida por la ley **Publilia** a tutelar el incuestionable derecho de los **sponsores** a ser indemnizados por el deudor principal, bajo pena de que negándose éste a pagar deuda tan sagrada, se le condenara al doble.
Si la deuda había sido caucionada por la **fidepromisio** y la **fidejussio**, el fiador podía demandar la recuperación de sus dineros por la acción **mandati**.
Si la caución había sido dada a espaldas del deudor, disponía el fiador de la acción **negotiorum gestorum**, conforme con aquel texto atribuído a Paulus que dice: "**Fidejussori negotiorum gestorum est actio, si pro absente fidejusserit: nam mandati actio non potest competere, cum non antecesserit mandatum**". (L. 20, Lib. XVII, Tít. I del Digesto), o en romance. "El que ha respondido por un ausente tiene contra él la acción de gestión de negocios de otro: porque la acción de mandato no puede ejercerse a su respecto sino cuando ha sido la consecuencia de un mandato". (ver: **Les Cinquante livres Du Digeste**, t. II, pág. 47 y Troplong, Nº 327, pág. 293).
Son éstas dos acciones: **mandati** y **negotiorum gestorum** las que por nuestro artículo se confieren al fiador que ha pagado por el deudor principal.
Si el pago ha tenido lugar por acuerdo del fiador con el deudor, la acción que por Derecho romano se confería a aquél era la acción **mandati contraria** (ver: Pothier, Nº 429, pág. 233). El consentimiento del

deudor principal configura un contrato tácito de mandato, según la regla de Derecho: Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. (L. 60, de Reg. Jur.).
Mas qué decir —pregunta Troplong— si el fiador ha caucionado contra la voluntad del deudor?, a propósito de lo cual reproduce esta sentencia de Paulo: "Si pro te praesente et vetante fidejusserit, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere. Quibus non consentio, secundum quod, et Pomponio videtur". (Ley 40, Lib. XVII, Tít. I, del Dig.), o en romance; "Si he garantizado en vuestra presencia, pero a pesar vuestro, no tengo contra vos, ni la acción de mandato, ni la de gestión de negocios de otro. Piensen algunos que en este caso debe acordarse una acción útil. Mas yo creo, con Pomponius, que su sentimiento no debe ser seguido". (vr: Les Cinquante Livres du Digeste, t. II, pág. 488). Problema es éste que dividió a los jurisconsultos romanos. Caius y Papiniano quisieron acordar en este caso la acción útil negotiorum gestorum. Paulo, Pomponius, y Juliano, fueron de parecer contrario, y Justiniano, que los siguió, se adhirió a su doctrina.
Discutido este problema en la jurisprudencia francesa anterior al Código, fueron Cujas, Pothier y Casaregis, seguidos después del Código por Troplong, inclinados a conferir la acción negotorum gestorum al fiador que habiendo pagado, aun a despecho del deudor, su obligación, le ha hecho real y efectivamente un servicio indiscutible y útilmente administrado de su negocio. Mas para excluir toda idea de donación, estima Troplong que en el caso que nos ocupa, haría bien en pedir al acreedor a quien ha pagado una subrogación en todos sus derechos.
El monto de la reclamación del fiador es detallado en nuestro artículo. Si él nada debe perder, tampoco nada debe ganar. Debe ser reembolsado del capital en la medida en que lo pagó, con más sus intereses, y además de los intereses producidos por sus desembolsos a contar desde el día en que los hizo, no a título de ganancia sino para evitarle pérdidas. Debe igualmente ser reembolsado de todos los gastos que ha debido soportar sin su culpa, y por causa del deudor. Incurriría en culpa el fiador que advertido por el acreedor de su decisión de demandarle a título de fiador solidario no diese aviso de ello al deudor, quien para evitarle las dazonns y gastos de un juicio, podría pagar su deuda. Mas una vez hecha la advertencia al deudor, el fiador debe quedar indemne de todo gasto. Finalmente, estatuye nuestro artículo que el fiador debe ser indemnizado de todo perjuicio que le hubiera sobrevenido por motivo de la fianza. Sería inícuo, dice Troplong, que el fiador se perjudique por haber hecho un servicio a otro. Principio fundamental y perpetuo es que nadie puede ser víctima de su oficio y de su buena fe: Iniquum est damnosum esse cuiquam officium suum. (Gayo, Dig. 29, 3, 7). (Troplong, Nos. 325 a 354, pág. 290 y ss.).
Agrega nuestro artículo que si el deudor es incapaz, la repetición del fiador será admitida sólo en los límites de lo que haya redundado en beneficio suyo, porque como ya lo hemos dicho, la acción de repetición no se da para que el fiador obtenga ganancia alguna, sino sólo para evitarle que se perjudique injustamente.

Art. 2168. — El que ha afianzado a muchos deudores solidarios, puede repetir de cada uno de ellos la totalidad de lo que hubiere pagado. El que no ha afianzado sino a uno de los deudores solidarios, queda subrogado al acreedor en el todo; pero no puede pedir contra los otros, sino lo que en su caso le correspondiese repetir contra ellos al deudor afianzado.

Ver: arts. 2032 C. argentino; 2030 C. francés; 1951 C. italiano; 840 C. portugués; 1878 C. holandés; 3023 C. de Luisiana; 1377 C. boliviano; 2372 C. chileno; 2397 C colombiano; 391 C. ecuatoriano; 2138 C. uruguayo; 1823 C. venezolano; 1320 C. costarricense; 3714 C. nicaraguense; 2030 C. de la República Dominicana; 730 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3363 del Esboço de T. de Freitas; 2166, del Anteproyecto de Bibiloni; 1331 del Proyecto argentino de 1936.
Dispuesto, como está, por nuestro art. 1491 que "Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato", y explicándose, por lo común, la fianza solidaria como cumplimiento de un mandato dado por el deudor principal al fiador, viene explicado por el deudor principal al fiador, fuente del precepto sub examen, como una extensión de los beneficios del art. 1595 al fiador que ha pagado la deuda de varios deudores principales solidarios a quienes había caucionado. Hay aquí, dice nuestro autor, la misma razón de decidir que en el caso de mandato. Por una parte la caución no es frecuentemente para el fiador sino el cumplimiento de un mandato recibido del deudor. Por otra parte, en negocio para el cual él ha dado su caución es común, en primer término, entre todos los deudores, porque son solidarios. Se estima que cada uno de éstos ha dado en su propio favor y en la de sus codeudores la orden al fiador de prestarles su caución. Este les ha prestado así un servicio común a todos, que cada uno debe reconocerle.
Si los codeudores principales no fuesen solidarios, sino simplemente mancomunados su acreedor no podría demander a cualquiera de ellos el monto total de la deuda, como en el caso de solidaridad, sino por su cuota parte en ella. Y en igual medida, el fiador que por ellos pagase la deuda, tampoco podría subrogarse en otros derechos del acreedor que los que él podría ejercer contra sus dudores mancomunados. Si el fiador ha caucionado, sólo a uno de los deudores solidarios, se pregunta ¿si el pago que él hiciese del total al acreedor le conferiría el derecho de repetir el total contra los otros codeudores a quienes no ha caucionado?
Esta cuestión expresamente resuelta por el parágrafo 2º de nuestro artículo, tiene su lógica explicación en las consideraciones siguientes de Troplong:
Si el deudor caucionado, dice nuestro autor, hubiese pagado la totalidad de la deuda, no tendría sino la acción recursoria contra sus codeudores para obligarles a su contribución por su parte y porción en la deuda, como está dispuesto por el parágrafo 2º de nuestro art. 993. Mas el fiador que le caucionó y fue el que pagó toda la deuda, no podría invocar el mandato de sus otros co-deudores. Tampoco podría repetir el todo de los otros a título de negtiorum gestor, desde que pagó como fiador del deudor caucionado.
¿Qué ocurriría si el fiador demandase la repetición como subrogado legal en los derechos del acreedor a quien satisfizo la deuda? No menos vano sería este recurso, contesta Troplong. En efecto, el codeudor a quien exigiese el reembolso del monto total de la deuda, le diría: "¿Quiere Ud., que yo le pague el total? ¿No advierte Ud. que se embarazaría en un circuito de acciones? Si le pago, a mi vez me subrogaría en los derechos del acreedor, confundidos con los suyos y porque Ud. es fiador, es decir deudor, yo le intimaría, en nombre del acreedor, a pagarme todo lo que exceda a lo que estoy obligado. No diga Ud., por lo demás, que porque Ud., pagó, no es Ud., deudor, porque Ud., no pagó sino por subrogación, es decir, con la reserva de ejercer los derechos del acreedor, tal como éste podía hacerlo contra los otros deudores. Ahora bien, si el propio acreedor hubiese hecho valer sus derechos contra mi, me habría subrogado contra Ud. y si éste no lo ha hecho o no ha podido hacerlo, yo me habría defendido con la excepción cedendarum actionem. No puede Ud., ser de mejor condición que él, ni eximirse de sufrir mis recursos.
Como Duranton sostiene que si el fiador se hiciese subrogar convencionalmente en los derechos del acreedor a quien pagase toda la deuda, tendría un recurso por el todo contra cada uno de los deudores solidarios, porque si un tercero fuese quien pagó la deuda, tendría el mismo derecho. (ver autor cit. t. XVIII, Nº 355, pág. 363, 4ª edición).
Arguye Troplong en contra de este parecer con la diferencia que hay entre el fiador y el tercero, porque

en tanto éste no ha contraído la obligación que se puede redarguir contra él, ha contratado una que el subrogado en los derechos del acreedor originario puede oponerle. Por lo demás —agrega— no es admisible que la subrogación emanada de la simple voluntad del hombre tenga más fuerza que la subrogación derivada de la ley. Todo ésto se halla estatuido por nuestro artículo según el cual el fiador de uno de los deudores solidarios que ha pagado toda la deuda, si queda subrogado al acreedor en el todo, contra el caucionado, se entiende, no puede pedir contra los otros, sino lo que en su caso le correspondiese repetir contra ellos el deudor afianzado. (ver Troplong, Nºs. 377 a 379, pág. 326).

Art. 2169. — El fiador no tendrá la acción de repetición contra el deudor principal si, por haber omitido hacerle saber el pago hecho, el deudor pagare igualmente la deuda.

Si el fiador ha pagado sin ser demandado ni haber dado aviso de ello al deudor principal, podrá éste oponerle las excepciones perentorias que habría podido oponer al acreedor principal en el acto del pago.

En ambos casos queda a salvo al fiador la acción de repetición contra el acreedor.

Ver: arts. 1952 C. italiano; 2033 y 2035 C. argentino; 2031 C. francés; 842 C. portugués; 1879 C. holandés; 3024 y 3025 C. de Luisiana; 1842 C. español; 1378 C. boliviano; 2377 C. chileno; 2402 C. colombiano; 2396 C. ecuatoriano; 2136 parágs. 2º y 3º C. uruguayo; 1824 C. venezolano; 2832 y 2833 C. mexicano; 1321 y 1322 C. costarricense; 3716 y 3717 C. nicaragüense; 2041 C. hondureño; 2030 y 2031 C. de la República Dominicana; 4915 C. de Puerto Rico; 1755 de Goyena; 507 C. Federal suizo de las Obligaciones; 640 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 731 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2167 y 2169 del Anteproyecto de Bibiloni; 1332 y 1334 del Proyecto argentino de 1936.

Contempla nuestro artículo dos condiciones a que la ley subordina la acción de repetición del fiador contra el deudor por él caucionado y por quien ha pagado la deuda, faltando las cuales, le niega la acción mandati contraria, y son:

1º cuando el fiador ha incurrido en falta de prudencia al hacer el pago de la deuda sin dar noticia de ello al deudor principal, quien falto de ella acerca de tal pago, paga por segunda vez al acreedor, salvo al fiador su acción de repetición contra éste. Ulpiano imputa culpa grave asimilada al dolo al fiador que incurre en omisión tan irreflexible: "Dolo enin proximum est, si, pest solutionem, non nuntiaverit debitori". (Ley 29, parág. 3, Lib. XVII, Tít. I del Digesto y Troplong, Nº 381, pág. 331).

El fiador, asimilado al mandatario, que no diese noticia del pago al deudor principal infringiría la obligación que nuestro art. 1470 le impone de comunicarle sin retardo el cumplimiento del mandato. Está obligado por nuestro art. 1466 a gestionar diligentemente los negocios que le son encargados y a responder de los daños y perjuicios que por su dolo o culpa se ocasionaren al mandante.

En esta diligencia consiste la primera de las condiciones requeridas para que el fiador pueda ejercer la acción mandati contraria.

2º Si el fiador, sin advertir al deudor principal que quiere liberarse de su obligación, paga espontáneamente y sin ser demandante, al acreedor, es responsable del pago que, para los doctrinadores franceses, es un pago sin causa, razón por la cual queda privado de toda acción de repetición, sea que el deudor principal haya pagado a su vez la deuda o cuente con defensas que le permitan hacer declarar extinguida la deuda Se supone que el pago espontáneo hecho por el fiador supone su conclusión con el acreedor, por lo que la ley le deja desembrollarse del acreedor por la acción de repetición de lo indebido, como lo receptúa el in fine de nuestro artículo.

Agregamos al parágrafo 2º de nuestro artículo la frase incidental: "sin ser demandado ni" para identificarlo con el parág. 2º del art. 2031 del C. francés, según el cual se requieren dos requisitos para su aplicación: 1º que no haya sido demandado; y 2º que no haya dado aviso al deudor principal, no obstante lo cual hizo espontáneamente el pago. El 1º de estos extremos se halla omitido en el parág. 2033 del C. argentino. Siendo así, si el fiador solidario es demandado por el acreedor, está eximido de dar aviso al deudor principal. Tal es el parecer de Troplong (Nºs. 384, pág. 235), en contradicción con Delvincourt (t. III, Notes, pág. 145) seguido por Durantón (t. XVIII, Nº 357, pág. 364, 4ª edición); y Zachariae (t. V, parág. 761, texto y nota 11, pág. 75), según los cuales el fiador está obligado a advertir al deudor principal aun en el caso de haber pagado después de ser demandado, de suerte que siendo así, la necesidad de la advertencia al deudor sería absoluta, y el fiador sería responsable de haberla omitido. Contra esta doctrina enseña Troplong que la advertencia al deudor sólo es necesaria cuando el fiador quiera evitarse el ser demandado y liberarse por un pago espontáneo, pero no cuando es demandado directamente por el acreedor. Y dado que entre deudor principal y fiador existe una relación de mandato que les obliga a no ocultarse nada en relación a la deuda y a la caución, enseña la doctrina que si el deudor principal pagase su deuda sin advertir de ello al fiador y le dejase pagarla por segunda vez a demanda del acreedor de mala fe, le ocasionaría con su silencio un perjuicio que él debe indemnizar, tal como Ulpiano lo decidió por la Ley 29, parág. 2 al decir: "Si cum debitor solvisset, ignarus fidejussor solverit, puto eum mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse: debitor enim debuit notum facere fidejussori, jam se solvisse, ne forte creditor obrepat, et ignorantiam ejus circumveniant, ut excutiat ei summam in quam fidejussit", (ver: Les Cinquante livres du Digeste, t. II, pág. 481, y Troplong, Nº 332), o en romance: Yo pienso que si el fiador paga sin saber que el deudor ya ha pagado, debe tener contra éste la acción de mandato: porque él es excusable de no haber adivinado que el deudor había ya pagado; y el deudor debe hacer saber al fiador que él ha pagado, para evitar que el acreedor venga fraudulentamente a abusar de la ignorancia del fiador y cobrarle la suma por él caucionada.

Podría objetarse, agrega Troplong, que al pagar el fiador una deuda ya pagada, no realiza negocio alguno del deudor, quien, desde entonces nada le debe, por lo que bastaría con reservar al fiador la condictio indebiti.

Mas la razón —agrega nuestro autor— decide que el fiador deba ser indemnizado de todo lo que ha perdido sin su culpa por consecuencia de su caución, sobre todo cuando esta pérdida puede ser atribuída a la culpa del deudor principal quien, con un aviso oportuno, pudo prevenirle de su error al fiador.

Art. 2170. — Tampoco el fiador podrá exigir del deudor el reembolso de lo que hubiere pagado, si dejó de oponer las excepciones que no fueren personales o suyas propias, que sabía tenía el deudor contra el acreedor, o cuando no produjo las pruebas, o no interpuso los recursos que podrían destruir la acción del acreedor.

Ver: arts. 2034 C. argentino; 3359 N° 4 y 3362 del Esboço de T. de Freitas; 2168 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1333 del Proyecto argentino de 1936; 2137 C. uruguayo; 3715 C. nicaraguense. Omitido en los otros códigos.
Véase además la severa crítica de Segovia al art. 2034 del C. argentino en su nota 85 al art. 2036 de su numeración (t. I, pág. 552). "Es agravar demasiado —dice nuestro autor— la condición del gratuito fiador que ha sido demandado y dado conocimiento de ello al deudor, obligarle a que haga a su costa la defensa de su afianzado, quizá insolvente, empeñándose en pleitos de dudoso éxito que comprometan su tranquilidad, su crédito y hasta su patrimonio, bajo la gravísima pena de perder todo derecho de repetición contra el deudor. Esto es invertir los roles, violentando la naturaleza de las cosas, y por otra parte, el fiador no se obligó a la evicción".
Digamos en excusa del error legislativo señalado por el eminente jurista argentino que si el fiador, a sabiendas de las excepciones perentorias in rem que el deudor podía oponer al acreedor para hacer declarar extinguida la deuda, la paga espontáneamente, o dejó de producir las pruebas perentorias enderezadas a evidenciar la inexistencia de la deuda, o que omitió interponer los recursos que podrían destruir la acción del acreedor, no tendría de qué quejarse del pago hecho en tales condiciones, ni de su negligencia procesal, sabido que al defender al deudor se defendía a sí mismo.

Art. 2171. — El fiador, aun antes de haber pagado puede accionar contra el deudor para que éste le exonere de la fianza o, en su defecto, preste las garantías necesarias que le aseguren la satisfacción de los eventuales derechos de repetición, en los casos siguientes:

1) si fuere judicialmente demandado por el pago de la deuda;

2) si el deudor se hiciere insolvente por disipación de sus bienes, quiebra, negocios peligrosos, o por, gravarlos en seguridad de otras deudas;

3) si vencida la deuda, el deudor no la pagare; o se temiere su fuga al extranjero;

4) si el deudor se ha obligado a liberarle de la fianza dentro de un tiempo determinado;

5) si han pasado cinco años desde que dió la fianza, a no ser que la obligación principal sea de tal naturaleza, que no esté sujeta a extinguirse en tiempo determinado o que ella se hubiere contraído por un tiempo más largo.

Ver: arts. 2025 y 2026 C. argentino; 2032 C. francés; 1953 C. italiano; 1844 C. portugués; 1843 C. español; 1880 C. holandés; 1365 C. austríaco; 3026 C. de Luisiana; 1379 C. boliviano; 775 C. alemán; 512 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1499 y 1500 C. brasileño; 2369 C. chileno; 2394 C. colombiano; 2388 C. ecuatoriano; 2128 C. uruguayo; 1825 C. venezolano; 2235 y 2236 C. guatemalteco; 1786 y 1787 C. peruano; 1324 C. costarricense; 2836 C. mexicano; 3710 C. nicaraguense; 2042 C. hondureño; 750 C. de la República de China; 2032 C. de la República Dominicana; 4916 C. de Puerto Rico; 732 del Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3344 del Esboço de T. de Freitas; 2159 y 2160 del Anteproyecto de Bibiloni; 1327 del Proyecto argentino de 1936; 482 de nuestro C. de Comercio.
Mandatario del deudor principal el fiador y provisto, como tal de la acción mandati contraria para hacerse indemnizar de todo cuanto ha gastado por razón de la fianza, no tiene por qué esperar que se le demande y se le embarguen sus bienes, con las consiguientes dezasones a que todo pleito expone, cuando ante el temor de sufrir tan ingratas consecuencias del servicio que ha prestado al deudor sea posible constreñir a éste a hacer cesar el peligro, y sobre todo cuando por aplicación de nuestro art. 1484 el mandante está obligado a proveer al mandatario de todos los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin el mandatario haya contraído en nombre propio. Viene de aquí que desde antiguo se confiera al fiador el derecho de accionar contra el deudor principal para que le exonere de la fianza o, en su defecto, preste las garantías necesarias que le aseguren la satisfacción de los eventuales derechos de repetición, en los cinco casos del presente artículo.
El primer supuesto es el de la demanda al fiador por cobro de su caución. No tiene por qué esperar una sentencia condenatoria. Basta el hecho de la demanda, tal como la equidad lo aconseja para que él pueda constreñir al deudor a que le garantice la satisfacción de sus eventuales derechos a la repetición, o para que le libere de la fianza.
El segundo caso supone el grave peligro que para el fiador representaría que por disipación de sus bienes caiga el deudor en la insolvencia, o sea declarado en quiebra, o que aventure temerariamente sus bienes en negocios peligrosos, como son los de Bolsa, o que los grave en seguridad de otras deudas.
No menos fácil de comprender es la desazón que al fiador puede causarle que el deudor no pague su deuda a su vencimiento, o que se tema su fuga al extranjero, situaciones ambas en que también por equidad se confiere al fiador el derecho de compeler al deudor a darle las garantías mencionadas o, en su defecto, a exonerarle de la fianza.
El caso cuarto podría ofrecerse si el fiador hubiese caucionado una renta constituída, hipótesis en la cual también está admitida la aplicación de nuestro artículo si el deudor de la renta se hubiese obligado a liberar al fiador dentro de un plazo determinado.
El quinto caso es el de la obligación sin plazo determinado para su vencimiento, y han pasado cinco años desde que la caución fue otorgada, o si la deuda fuese de plazo más largo de cinco años. No se considera justo que por hacer un servicio al deudor, se vea el fiador obligado por tan largo tiempo o por tiempo indefinido.

Art. 2172 — El derecho conferido al fiador en el artículo anterior, no es exentensivo al fiador que se obligó contra la voluntad expresa del deudor.

Ver: art. 2027 C. argentino; 2369 in fine C. chileno; 2394 in fine C. colombiano; 2388 in fine C. ecuatoriano; 2129 parág. 2º C. uruguayo; 3711 C. nicaraguense; 3347 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2161 del Anteproyecto de Bibiloni; 1327 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2173 — Aunque haya un plazo para la fianza y el fiador falleciere antes de su vencimiento, la fianza quedará extinguida, pero las obliga-

ciones derivadas de ella hasta el día de su fallecimiento pasarán a cargo de sus herederos.

Ver: art. 2017 C. francés; 1501 C. brasileño; 2115 C. uruguayo; 2352 C. chileno; 3278 C. colombiano; 2317 C. ecuatoriano (ver: Bevilaqua, opus cit. V, pág. 254).
Muy frágil por Derecho romano la obligación de los sponsores y fidejussores, se extinguía por su fallecimiento. Las garantías que por estos contratos accesorios se daban al crédito, eran pasajeras y personales, acaso en consideración a la larga duración de la caución y a la necesidad de limitar sus efectos a sólo el que estaba sometido a ellas.
La fidejussión fue imaginada, dice Troplong, para ampliar y perfeccionar el esbozo de la sponsio y de la fidepromissio, por la mayor consistencia que se les dió y su transmisibilidad a los herederos, de suerte que durara tanto como la obligación principal.
Más el derecho consuetudinario francés retornó a la concepción de la caución de los tiempos heróicos de Roma, no así la jurisprudencia de los Parlamentos del Derecho intermedio, hasta que por la compilación del Código de Napoleón se estatuyó por su art. 2017 que es transmisible a los herederos la obligación del fiador, entre quienes la obligación se divide en proporción a su parte en la herencia. Con la muerte del deudor, la fianza queda extinguida. Lo que de ella se transmiten son las obligaciones inherentes a la misma o derivadas de la fianza (ver. autor cit. nº 170 a 174, pág. 152 y ss). Durantón, empero, estima que esta disposición es supérflua, en cuanto nada agrega a las normas generales relativas a la transmisión por muerte del obligado a sus herederos (ver autor y opus cits. t. XVIII, nº 322, pág. 313, 4ª edición).

CAPITULO IV

De los efectos de la fianza entre fiadores

Art. 2174 — Si varias personas han prestado fianza por un mismo deudor y por una misma deuda, el fiador que pagó la deuda tiene acción de repetición contra los otros fiadores por su respectiva porción. Si uno de éstos es insolvente, la pérdida se distribuirá por contribución entre los otros fiadores, incluído aquél que hizo el pago.

Art. 2037 C. argentino; 3365 parág. 1º del Esboco de T. de Freitas; 1954 C. italiano; 1495 C. brasileño; 2033 C. francés; 845 C. portugués; 1881 C. holandés; 3027 C. de Luisiana ; 1884 parágs. 1º y 2º C. español 2139 parág. 1º C. uruguayo; 1826 C. venezolano; 1380 C. boliviano; 505 C. Federal suizo de las Obligaciones; 774 C. alemán; 2239 C. guatemalteco; 1790 C. peruano; 2837 parágs. 1º y 2º C. mexicano; 1325 y 1326 C. costarricense; 3718 parágs. 1º y 2º C. nicaraguense; 2043 parágs. 1º y 2º C. hondureño; 2033 C. de la República Dominicana; 4931 C. de Puerto Rico; 733 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3348 del Esboco de T. de Freitas; 2171 del Anteproyecto de Bibiloni; 1335 del Proyecto argentino de 1936.
Enseña Pothier que la acción de repetición del fiador contra sus co-fiadores no es la verdadera acción negotiorum gestorum, sino una acción utilis negotiorum gestorum quae non ex subtili juris ratione, sed ex sola utilitatis et aequitatis rationes proficiscitur, porque aunque este fidejussor, ipcius inspecto propósito, al pagar la deuda entera, atiende más su propio asunto que el de sus co-fiadores, no obstante, effectu inspecto, habiendo, en cuanto al efecto, administrado los asuntos de sus co-fiadores al mismo tiempo de administrar el suyo, liberándoles de una deuda común con él, por lo que la equidad exige que ellos carguen con su parte en el pago, de que aprovecharon tanto como él (autor y opus cits. t. II, nº 445, pág. 244).
Zachariae, por su parte, enseña que la acción de repetición que nos ocupa nace de la subrogación en los derechos del acreedor (autor y opus cits. t. V, parág. 762, texto y nota 2, pág 77).
Troplong estima que ella se funda tanto en la acción utilis negotiorum gestorum, como también en la subrogación de pleno derecho (autor y opus cits. nº 421, pág. 372). La única condición a que el ejercicio de la acción de repetición se subordina es que el fiador haya pagado, o sea que haya desinteresado al acreedor. Antes de haber pagado, el fiador carece de acción
Agrega la doctrina que para que el fiador quede subrogado en los derechos del acreedor es menester que haya hecho el pago en los casos contemplados en los Nºs. 2 y 3 de nuestro art. 2171, siquiera al informar Chabot en el Tribunado francés sobre el presente artículo al tiempo de discutirse el proyecto, sostuvo que deberá hacer el pago en todos los casos de dicho precepto.
Viene de aquí que en más de un Código se estatuya que "Para que pueda tener lugar la disposición de este artículo (o sea la acción de repetición), es preciso que se haya hecho el pago en virtud de demanda judicial, o hallándose el deudor principal en estado de concurso o de quiebra" (1844 C. español; 2837 parág. 3º C. mexicano; 3718 parág. 3º C. nicaraguense; 2043 parág. 3º C. hondureño; 2033 in fine C. de la República Dominicana; 4931 parág. 3º C. de Puerto Rico etc.)

Art. 2175 — Al fiador que hubiere hecho el pago podrán los otros cofiadores oponerle todas las excepciones que el deudor principal podría oponer al acreedor; pero no las que fueren meramente personales a éste.
Tampoco podrán oponer al cofiador que ha pagado las excepciones puramente personales que correspondieren a él contra el acreedor, y de las cuales no quiso valerse.

Ver: arts. 2039 y 2040 C. argentino y sobre el parág. 1º ver: art. 3378 del Esboco de T. de Freitas; 2379 C. chileno; 2404 C. colombiano; 2398 C. ecuatoriano; 1790 C. peruano; 2140 C. uruguayo; 2838 C. mexicano; 1327 C. costarricense; 3719 C. nicaraguense; 2044 C. hondureño; 4932 C. de Puerto Rico; 2173 del Anteproyecto de Bibiloni; 1336 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º ver: 2379 parág. 2º del C. chileno y sus concordantes de los códigos colombiano y ecuatoriano citados más arriba y 3368 parág. 2º del Esboco de T. de Freitas; 3719 del C. nicaraguense; 2140 in fine C. uruguayo.

CAPITULO V

De la extinción de la fianza

Art. 2176 — La fianza se extingue por la extinción de la obligación principal, y por las mismas causas que las obligaciones en general, y las obligaciones accesorias en particular.
La fianza se extingue también, cuando la subrogación en los derechos del acreedor como hipotecas, privilegios etc., se ha hecho imposible por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor.

Sobre el parág. 1º ver: art. 2042 C. argentino; 2034 C. francés; 848 C. portugués; 1882 C. holandés; 1368 C. austríaco; 3028 C. de Luisiana; 2142 C. uruguayo; 1381 C. boliviano; 1830 C. venezolano; 2245 C. guatemalteco; 2842 C. mexicano; 2381 parág. 1º C. chileno; 2405 inc. 1º C. colombiano; 2400 parág. 1º C. ecuatoriano; 1847 C. español; 3722 C. nicaragüense; 2046 C. hondureño; 1330 C costarricense; 2034 C. de la República Dominicana; 4951 C. de Puerto Rico; 734 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3370 inc. 1º y 2º del Esboco de T. de Freitas; 2175 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º ver: 2043 del C. argentino; 2037 C. francés; 1955 C. italiano; 853 C. portugués; 1885 C. holandés; 3030 C. de Luisiana; 1852 C. español; 1382 C. boliviano; 2144 C. uruguayo; 1833 C. venezolano; 2845 C. mexicano; 1503 parág. II C. brasileño; 2381 inc. 2º C. chileno; 2406 inc. 2º C. colombiano; 2400 inc. 2º C. ecuatoriano; 1797 C. peruano; 1332 C. costarricense; 3727 C. nicaragüense; 2051 C. hondureño; 2037 C. de la República Dominicana; 4956 C. de Puerto Rico; 737 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos.
Causas de extinción de las obligaciones existen que son propias de la fianza, razón por la cual se las llama "personales" y de aquí las excepciones que de ellas derivan; y las que sólo derivan de la obligación principal. llamadas **reales**, que a su vez autorizan las excepciones del mismo nombre.
Su distinción no está exenta de dificultades.
Así, si el acreedor hace remisión de su crédito a favor del fiador, subsiste su crédito contra el deudor principal. Más si el fiador page la deuda principal, extingue esta obligación y la suya propia.
Para evitar dificultades en la distinción de dichos casos, Troplong propone una clave, la cual es la siguiente: del mismo modo que el fiador es reputado mandatario del deudor principal para liberarle por un pago efectivo, también se estima que le representa en todas las operaciones que equivaliendo a un pago extinguen la obligación principal. Todas las veces que litigando el fiador con el acreedor principal se defiende y obtiene la extinción de la obligación principal, no podrá el acreedor decir que el fiador ha obrado en su interés personal
Sobre la transacción ajustada entre el acreedor principal y el fiador; la remisión hecha por el primero al segundo; sobre los efectos de los actos interruptivos de la prescripción de la obligación principal al fiador; la confusión, la novación y la compensación, ver Troplong, ns. 460, 461, 463, 469, 470, págs. 393 y ss.
Dejando de lado los antecedentes históricos del parágrafo 2º de nuestro artículo, y limitándonos a lo más sencillo del asunto cual es el de fiar los hechos que pueden reprocharse al acreedor que impidan la subrogación de sus derechos a favor del fiador, señalemos en primer lugar la renuncia que el acreedor hipotecario hace de su garantía hipotecaria y consiente en su cancelación en el Registro de Hipotecas. El fiador que contaba con esta garantía real, de la que ahora se le priva, puede demandar su liberación de la fianza.
Si el mismo acreedor hipotecario omite renovar la inscripción de su garantía para impedir su extinción en el Registro, y deja que por su culpa caduque su derecho, causará igual perjuicio al fiador, quien igualmente podrá demandar la extinción de la fianza. Tal es la doctrina de Troplong (opus cit. 565, pág. 511), en oposición a la de Pothier (opus cit. 557, pág. 293 y ss) y Toullier (t. VII, nº 172, pág. 242, 4t edición) seguidos por Zacnariae, (t. V, parág. 763, texto y nota 2, pág. 79). Conforme con Troplong. ver: Duranton, t. XVIII, nº 382, pág. 402, 4t edición; Delvincourt, t. III, **Notes**, pág. 146, nº 6; y por la jurisprudencia, según Massé y Vergé, en la nota 2, pág. 79, del t. V. de Zachariae.
Nuestro artículo en examen no dice, como su fuente el 2037 del C. francés: **"por el hecho del acreedor"**, sino que expresamente se refiere a la subrogación que se hace imposible **"por un hecho positivo, o por negligencia del acreedor"**. La negligencia es la omisión voluntaria de un deber jurídico.

Art. 2177 — El artículo anterior sólo es aplicable respecto a las seguridades y privilegios constituídos antes de la fianza, o en el acto en que ésta se dió, y no a las que se dieran al acreedor después del establecimiento de la fianza.

Ver: art. 2044 C. argentino; 2178 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936. Aubry y Rau, inspiradores de este precepto enseñan qua el art. 2037 del C. francés sólo puede explicarse partiendo de la idea de que el tercero que se constituye fiador de una deuda ya garantizada por otras seguridades, no ha podido obligarse sino con miras a esas seguridades y con la esperanza de encontrar en ellas la garantía de su recurso, de suerte que siendo así, como lo es, sería injusto privarle de ellas por un hecho del acreedor. Se daría al mencionado artículo una extensión contraria al fundamento sobre el cual reposa, aplicarlo a las seguridades con las cuales el fiador no ha podido contar en el momento en que se obligó (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 429, texto y nota 14, pág. 245, 5t edición; Troplong, nº 570, pág. 517 y en contra: Zachariae , t. V, parág 763, texto y nota 5, pág. 80; y Duranton, t. XVIII, nº 382, pág 402, 4t edición).

Art. 2178 — Cuando la subrogación en los derechos del acreedor sólo se ha hecho imposible en una parte, el fiador sólo queda libre en proporción a esa parte.

Ver: arts. 2045 C. argentino; 2179 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; Troplong, nº 572, pág. 521.

Art. 2179 — La prórroga del plazo hecha por el acreedor, sin consentimiento del fiador, extingue la fianza.

Ver: arts. 2046 C. argentino; 1765 de Goyena; 1503 inc. 1º C. brasileño; 3032 C. de Luisiana; 1542 y 2146 C. uruguayo; 2846 C. mexicano; 1851 C. español; 3375 del Esboco de T. de Freitas; en contra arts. 2039 C. francés; 1957 parág. 2º C. italiano; 1687 C. holandés; 1384 C. boliviano; 1835 C. venezolano; etc.
La solución de nuestro artículo asimila la inacción la prórroga o moratoria concedida por el acreedor al deudor principal, siquiera ella no sea novativa. La razón que se da de esta decisión es que durante la moratoria puede el deudor declararse insolvente con irreparable daño para el fiador, de tal suerte imposibilitado de repetir de él lo que pagó o se obligó a pagar. Además, el fiador que suscribió la fianza pudo asumir tal obligación principal. En favor; arts. 2180 del Anteproyecto de Bibiloni y 1338 inc. 2 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2180 — La extinción de la fianza por la novación de la obligación hecha entre el acreedor y el deudor, tiene lugar aunque el acreedor la hiciere con reserva de conservar sus derechos contra el fiador.

Ver: arts. 2047 C. argentino; 2181 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936. Siendo la novación extintiva de la obligación principal, como lo preceptúa nuestro artículo 861, con todas las obligaciones accesorias el presente artículo podría parecer ocioso. Sin embargo ha habido necesidad de repetir esos conceptos con el objeto de agregar que la extinción de la fianza tiene lugar "aunque (el acreedor) hiciese la novación con reserva de conservar sus derechos contra el fiador", lo que por cierto es elemental, pues, el fiador no puede seguir obligado por un acto celebrado sin su intervención. Ver: Troplong, ns. 579 y 583, pág. 530 y ss.; Aubry y Rau, t. VI, parág. 429, texto y nota 2, pág. 240, 5ª edición; Pont, t. II, nº 404, pág. 200 etc.; en contra: Duranton, t. XVIII, nº 383, pág. 407 y ss. 4ª edición.

Art. 2181 — La reunión en una misma persona de la calidad de deudor y fiador, deja subsistentes las hipotecas, las fianzas y todas las seguridades especiales dadas al acreedor por el fiador.

Ver: arts. 2048 C. argentino; 2182 del Anteproyecto de Bibiloni; 1341 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 429, texto y nota 9, pág. 242, 5ª edición; Toullier, t. VII, nº 427 503, 4ª edición; Duranton, t. XVIII, nº 276, pág. 397, 4ª edición; Troplong, nº 487, pág. 429; Pont, t. II, nº 339, pág. 167.
Así, el fiador que en garantía de su deuda constituyó una hipoteca a favor de acreedor y muere, dejando por heredero al deudor principal, la reunión en la persona de éste de ambas cualidades de deudor y fiador, dejará subsistente la garantía hipotecaria.

Art. 2182 — La renuncia onerosa o gratuita del acreedor al deudor principal, extingue la fianza, con excepción de las renuncias en acuerdo de acreedores, aunque ellas importen la remisión de la deuda y aunque los acreedores no se reserven expresamente sus derechos contra el fiador.

Ver: arts. 2049 C. argentino; 2183 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 inc. 6º del Proyecto argentino de 1936; 3387 parágs. 1º y 2º del Esboco de T. de Freitas; Pont, t. II, nº 406 y 407, pág. 202; Duranton, t. XVIII, Nº 380, pág. 400; Troplong, Nº 503 y 504, pág. 441 y ss.; Aubry y Rau, t. VI, parág. 429, texto y nota 6 bis pág. 241, 5ª edición, etc. La razón de este artículo es que si la remisión hecha animo donandi por el acreedor al deudor principal extingue la deuda y aprovecha al fiador, es porque emana de la voluntad directa del acreedor, no así la que emana de un acuerdo de la junta de acreedores de un deudor quebrado o concursado porque en este caso la remisión constituye una excepción personal del deudor, hecha por los acreedores en consideración a su posición personal y con mira a obtener el mejor partido de los créditos, aunque no se hayan reservado ex-hecho propio del beneficio de cesión de sus derechos, ha cerrado todas las vías para demandarle el monto de la fianza.

Art. 2183 — Si el acreedor acepta en pago de la deuda otra cosa que la que le era debida, aunque después la pierda por evicción, queda libre el fiador.

Ver: art. 2050 C. argentino; 2184 del Anteproyecto de Bibiloni; 1338 inc. 7º del Proyecto argentino de 1936; 2038 C. francés; 830 C. portugués; 1886 C. holandés; 3031 C. de Luisiana; 1849 C. español; 1383 C. boliviano; 2145 C. uruguayo; 1834 C. venezolano; 2382 C. chileno; 2407 C. colombiano; 2401 C. ecuatoriano; 1503 nº III C. brasileño; 1795 C. peruano; 1331 C. costarricense; 1724 C. nicaraguense; 2048 C. hondureño; 2038 C. de la República Dominicana; 4953 C. de Puerto Rico; 738 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3373 del Esboco de T. de Freitas; 1763 de Goyena.
La aceptación por el acreedor en pago de una cosa distinta a la debida, extinguiría la deuda por novación objetiva. Nuestro artículo, a igual que su fuente, sólo se refiere a la recepción de un inmueble en pago de la deuda, más con mejor acierto el art. 1503 nº III del C. brasileño admite la novación por la aceptación de cualquier cosa distinta a la suma debida. Extinguida así la deuda, quedará extinguida la fianza (ver: Aubry y Rau, t. VI, parág. 429, texto y nota 2, pág. 240; Troplong, nº 577, pág. 528; Zachariae, t. V, parág. 763, texto y notas 6 a 8, pág. 80; Pont, t. II, ns. 398 a 401, pág. 401, pág. 197 y ss).

DE LA TRANSACCION

Art. 2184 — La transacción es un contrato por el cual las partes mediante recíprocas concesiones eliminan un pleito o su incertidumbre sobre una relación jurídica, siempre que tuvieren capacidad para disponer de los objetos o los derechos comprendidos en ella.

El Código Federal suizo de las Obligaciones no contempla el contrato de transacción. El Código alemán sólo le consagra su art. 779.

Códigos hay, como el argentino (art. 832 y ss.); el brasileño (art. 1025 y ss.); el nicaragüense (2176 y ss.); el austríaco (1380 y ss.); el Esboço de T. de Freitas (1196 y ss.); que inspirados en el Landrecht prusiano art. 405 y en el Proyecto bávaro, se ocupan de la transacción como acto jurídico de la parte general del Derecho de las Obligaciones, como modo de extinción o fuente de modificaciones de obligaciones litigiosas.

En cambio, los códigos francés (art. 2044 y ss.); italiano (1965 y ss.); de Luisiana (3038); español (1809); portugués (1710 y ss.); boliviano (1390 y ss.); holandés (1888); chileno (2446 y ss.); colombiano (2469 y ss.); ecuatoriano (2465 y ss.); uruguayo (2147 y ss.); venezolano (1713 y ss.); guatemalteco (1820 y ss.); costarricense (1367 y ss.); mexicano (2944 y ss.); hondureño (2.000 y ss.); R. Dominicana (2044 y ss.); C. de Puerto Rico (4821 y ss.); C. de la República de China (736 y ss.); C. de las Obligaciones de la República de Polonia (621 y ss.); Proyecto de Bibiloni 2185 y ss.); Proyecto argentino de 1936 (1342 y ss.), ubican la transacción entre los contratos (ver: lo que acerca de este particular dejamos explicado bajo el Nº 1735 de nuestro Tratado de las Obligaciones, t. III, pág. 214).

No dando a conocer el carácter propio de la transacción el art. 832 del Código argentino, defecto igualmente señalado en el art. 2044 del C. francés, optamos por la definición de Enneccerus (Derecho de Obligaciones, vol. II, parág. 195, pág. 496), coincidente con lo enseñado por Aubry y Rau (t. VI, parág. 418, 3º texto y nota 7, pág. 152, 5ª edición). Troplong (t. XVII, Nos 391 y 392, pág. 416 y ss. 4ª edición). Pon: (Petis Contrat t. II, nº 472, pág. 230) etc. y conforme con el principio romano según el cual la condición de fondo de la transacción es la reciprocidad de sacrificios.

La otra condición a que nuestro artículo subordina la validez de la transacción es la capacidad de las partes de disponer de los objetos o derechos comprendidos en ella, tal como expresamente lo preceptúan los arts. 2045 primera parte del C. francés; 1966 C. italiano; 1889 C. holandés; 3039 C. de Luisiana; 1391 primera parte C. boliviano; 2447 C. chileno; 2470 C. colombiano; 2446 C. ecuatoriano; 2148 C. uruguayo; 1714 C. venezolano; 1834 inc. 1º C. guatemalteco; 1373 C. costarricense; 2182 C. nicaragüense; 2001 C. hondureño; 2045 primera parte C. de la República Dominicana; 589 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1197 del Esboço de T. de Freitas; 833 del C. argentino; 2185 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni y 1342 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2185 — No pueden transigir:

1º los que no pueden disponer de los objetos que en todo o en parte se abandonan;

2º los agentes del Ministerio público, ni los procuradores o abogados de las municipalidades;

3º los colectores o empleados fiscales de cualquier denominación que sea en todo lo que respecta a las rentas públicas;

4º los representantes o agentes de personas jurídicas, en cuanto a los derechos y obligaciones de esas personas, si para la transacción no fuesen legalmente autorizados;

5º Los albaceas, en cuanto a los derechos y obligaciones de la testamentaría, sin autorización del juez competente, con previa audiencia de los interesados;

6º los tutores con los pupilos que se emanciparen, en cuanto a las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez;

Ver: arts. 840 y 841 C. argentino; 2045 C. francés; 1198 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 420, Nº 1, texto y nota 1, pág. 194, 5ª edición; Duranton, t. XVIII, Nº 407, pág. 435, 4ª edición; Zachariae, t. V, parág. 767, texto y nota 1, pág. 85; Troplong, Nº 41, pág. 580 etc.; Arts. 1810, 1812 C. español; 3039 C. de Luisiana; 1391 C. boliviano; 2148, 2150 y 2152 C. uruguayo; 1714 C. venezolano; 2447 C. chileno; 2470 C. colombiano; 2466 C. ecuatoriano; 1311 y 1312 C. peruano; 2946 C. mexicano; 2182 C. nicaragüense; 2001 C. hondureño; 2045 C. de la República Dominicana; 4822 y 4823 C. de Puerto Rico; 589 del Proyecto Italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2191 del Anteproyecto de Bibiloni; 1344 y 1343 incisos 3º y 4º del Proyecto argentino de 1936.

La razón que se da de las prohibiciones del presente artículo no es otra que la que dieron los romanos al decir: **Transigere est alienare.**

Art. 2186. — No puede transigirse sobre las relaciones de familia, o que se refieran a los poderes o estado derivados de ellas, ni sobre derechos o cosas que no pueden ser objeto de los contratos, o que interesen al orden público.

Pueden ser transigidos los litigios sobre derechos pecuniarios subordina-

dos al estado de las personas o a los demás casos indicados siempre que la transacción no comprenda el estado mismo o el hecho prohibido. En caso contrario, será nula por el todo.

Ver: arts. 2186 del Anteproyecto de Bibiloni; 1344 del Proyecto argentino de 1936, trasuntos de los arts. 843, 844, 845 y 845 del C. argentino; 1720 de Goyena; 2450 C. chileno; 2473 C. colombiano; 2469 C. ecuatoriano; 1035 C. brasileño; 1814 C. español; 1382 y 1384 C. austriaco; 2154 y 2155 C. uruguayo; 1392 C. boliviano; 1836 C. guatemalteco; 2948 y 2949 C. mexicano; 1376 y 1377 C. costarricense; 2185 y 2186 C. nicaragüense; 2004 C. hondureño; 4825 C. de Puerto Rico; 1199 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 420, texto y notas 13 a 20, págs. 198 y ss., 5ª edición; Troplong, Nº 64, pág. 594; Demolombe, t. V, Nºs 333, 334, pág. 352 y ss.; y Nº 517, pág. 577.

Art. 2187. — Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y la nulidad o anulación de cualquiera de ellas, deja sin efecto todo el contrato.

Ver: arts. 834 C. argentino; 1026 C. brasileño; 2158 C. uruguayo; 1316 C. peruano; 2194 C. Nicaragüense; 2187 del Anteproyecto de Bibiloni; 1346 in fine del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 421, texto y notas 12, 13 y 13 bis, pág. 205, 5ª edición; Troplong, Nº 133, pág. 648.
Una sentencia puede ser confirmada en una parte y revocada en otra. Mas dado que por la transacción se encadenan, como un todo indivisible, las concesiones recíprocas de las partes, no es posible que anulándose una de sus cláusulas subsistan las otras en íntima relación con ella.

Art. 2188. — Las transacciones deben interpretarse restrictivamente. Ellas no sujetan a reglas sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido la intención real de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso.

Ver: art. 835 C. argentino; 2048 y 2049 C. francés; 1392 C. holandés; 3040 C. de Luisiana; 1815 C. español; 1395 y 1396 C. boliviano; 1027 C. brasileño; 2159 y 2160 C. uruguayo; 1389 C. austriaco; 1716 y 1718 C. venezolano; 1838 C. guatemalteco; 2961 y 2962 C. mexicano; 1372 C. costarricense; 2195 C. nicaragüense; 2048 y 2049 C. de la República Dominicana; 4826 C. de Puerto Rico; 1200 primera parte del Esboço de T. de Freitas ; 2188 del Anteproyecto de Bibiloni; 1346 del Proyecto argentino de 1936.
Por generales que sean los términos de una transacción no incluyen las cuestiones litigiosas o dudosas de que las partes no se han querido ocupar. Así lo estatuyó Ulpiano en la Ley 9, parág. 1 del Libro II, Tít. XV del Digesto: **"Transactio, quaecunque sit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur"**. (ver: **Les Cinquante Livres du Digeste**, t. I, pág. 183; y Troplong, Nº 108, pág. 633). Viene de aquí la regla de hermenéutica según la cual la transacción, en cuanto a la interpretación de que es suceptible, es de **strictíssimi juris**, de suerte que siendo así ella no se extiende a otras cosas, casos y personas que las que en ella figuran. Así, renuncia hecha en una transacción a todos los derechos, acciones y pretensiones, no se extiende sino a aquellos relativos a la controversia a finiquitar la cual la transacción se ha celebrado. (ver: Aubry y Rau, t. VI, parág. 421, texto y notas 11 y 11 bis, pág. 204, 5ª edición; Troplong, Nº 110, pág. 634; Zachariae, t. V, parág. 768, texto y nota 5, pág. 89).

Art. 2189 — Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni forma un título propio en que fundar la prescripción.

Ver: arts. 836 C. argentino; 2189 del Anteproyecto de Bibiloni; 1346 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 421, texto y notas 17, 18 y 19, pág. 208, 5ª edición.
Así, el que por una suma de dinero renuncia a sus pretensiones en la transacción del litigio sobre dicha cosa, no cede dicha cosa, sino que sólo hace dejación de ella a la otra parte con los derechos que ésta pretende tener sobre ella. No está, pues, obligado a la garantía de dicha cosa, de suerte que siendo así, si la parte a quien la cosa es abandonada o dejada sufre evicción, no puede demandar al cedente por restitución de la suma que le ha pagado. El cedente sólo ha desistido de las pretensiones inciertas que reclamaba sobre la cosa. La suma que recibió no es el precio de la cosa, sino el precio de su desintimiento. Tal es la doctrina enseñada por Pothier, **Traité du Contrat de Vente**, in Oeuvres, t. III, Nº 646, pág. 258. Ver igualmente; Zachariae, t. V, parág. 768, texto y nota 7, pág. 89; Troplong, Nº 12, pág. 560; Pont, t. II, Nº 640, pág. 331.

Art. 2190. — La transacción debe probarse por escrito, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 1045 inc. 7º, pero la que versare sobre derechos ya litigiosos no producirá efectos sino por su presentación al juez de la causa, recibida por nota puesta al pie del escrito respectivo por el Actuario de la que conste la fecha y hora de su recepción. Mientras el escrito de transacción no haya sido recibido por el Actuario en la forma indicada, podrán las partes desistir de ella.

Ver: art. 838 C. argentino; 2190 del Anteproyecto de Bibiloni; 1345 del Proyecto argentino de 1936; 1967 C. italiano; 1203 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1028 inc. 1º C. brasileño; 2044 in fine C. francés; 1713 C. portugués; 1888 C. holandés; 1380 C. austriaco; 3038 in fine C. de Luisiana; 1390 in fine C. boli-

viano; 2147 parág. 2º C. uruguayo; 1830 C. guatemalteco; 1308 C. peruano; 2945 C. mexicano; 1370 C. costarricense; 2179 C. nicaraguense; 2005 C. hondureño; 2044 in fine C. de la República Dominicana.
Explicando Troplong el requisito de la forma escrita exigida por el in fine del art. 2044 del C. francés enseña que no siendo ella un contrato solemne subordinado en su validez a la observancia de formalidades especiales, la transacción verbal confesada por las partes, tiene la misma validez que la transacción escrita, tal como Delvincourt y demás autoridades del Derecho francés lo sostienen (Delvincourt, **Cours de Code Civil**, t. III, **Notes** 136, 2) y 3), pág. 247; Merlin, **Questions**, Vº **Transaction**, parág. 8, Nº 1º; Duranton, t. XVIII, Nº 406, pág. 434, 4ª edición; Troplong, Nº 27, pág. 566; Pont, t. II, Nº 498, pág. 243; Baudry Lacantinerie y Wahl, **Des Contrats Aléatoires, du Mandat, Du Cautionnement — De la Transaction**, Nº 1219, pág. 643; etc.).
El requisito de la prueba escrita no importa decir que la escritura sea condición de validez del contrato, sino sólo que la ley proscribe, aun cuando el valor del contrato sea inferior a la tasa legal, la prueba testimonial. A falta de la prueba escrita, es admisible la prueba de confesión (Aubry y Rau, t. VI, parág. 420, texto y notas 6 y 7, pág. 196, 5ª edición). Admitida la transacción para prevenir pleitos, sería absurdo que sirviera para provocarlos y hacer nacer nuevas controversias. La transacción no puede ser probada por testigos aun cuando medie un principio de prueba escrita. Poco importa que el escrito de transacción sea hecho bajo firma privada, salvo lo estatuido por el inc. 7º de nuestro art. 1045 respecto de la que recae sobre inmuebles. Fuera de este caso, y tratándose de poner finiquito a un pleito ya trabado, pueden las partes suscribir la transacción bajo firma privada, pero con la condición de presentarla al juez de la causa para su recepción por el Actuario, requisito al que nuestro artículo subordina su eficacia. Algunos Códigos exigen la homologación previa de la transacción por auto del Juez, lo que no parece que sea necesaria desde que la homologación no agregaría nada a la fecha cierta constituida por el "presentado y puesto al despacho" por el Actuario.

Art. 2191. — La transacción extingue los derechos y las obligaciones que las partes hubieren renunciado, y tiene para con ellas y sus sucesores la autoridad de la cosa juzgada.

Ver: arts. 850 C. argentino; 2052 parág. 1º C. francés; 1718 C. portugués; 1816 primera parte C. español; 1895 C. holandés; 1385 C. austriaco; 3045 primera parte C. de Luisiana; 1398 C. boliviano; 2161 C. uruguayo; 1718 C. venezolano; 2460 C. chileno; 2483 C. colombiano; 2479 C. ecuatoriano; 1030 C. brasileño; 2953 C. mexicano; 2193 C. nicaraguense; 2014 C. hondureño; 1385 C. costarricense; 1856 C. guatemalteco, 2052 C. de la República Dominicana; 4827 C. de Puerto Rico; 1206 del Esboço de T. de Freitas; 2192 del Anteproyecto de Bibiloni; 1347 del Proyecto argentino de 1936.
No reproducimos, por superfluo, el art. 851 del C. argentino.
Consagra nuestro artículo la vieja regla: **Exceptio litis per transactionem finitae**. Esta excepción es admisible siempre que la misma cuestión surja entre las mismas partes que concluyeron la transacción y que éstas procedan en la misma calidad. (Ver: Aubry y Rau, t. VI, parág. 421, texto y notas y y ss., pág. 201, 5ª edición; Troplong, Nº 129, pág. 647; Zachariae, t. V, parág. 768, texto y notas 1 y 2, pág. 88; Duranton, t. XVIII, Nº 412, pág. 442, 4ª edición; Pont, t. II, Nº 628, pág. 316, Baudry Lacantinerie y Wahl, opus cit. Nº 1290, pág. 691, etc.).
Aun reconociendo Baudry Lacantinerie y Wahl la general aprobación que entre las autoridades del Derecho ha merecido la regla según cual: **"Las transacciones tienen, entre las partes, la autoridad de la cosa juzgada"**, resisten a admitirla como un principio absoluto de la ley, dado que procediendo esta norma de la Ley 20, Lib. I, Tít. IV del Código, atribuída a los emperadores Diocleciano y Maximiliano, que reza: **"Non minorem auctoritarem transactionum, quam rerum judicatarum esse, recta ratione placuit;** etc." o en romance: la razón quiere que las transacciones no tengan menos autoridad que la cosa juzgada; nada en efecto honra tanto a los hombres como la observancia de sus convenciones; y no basta para rescindir el pacto que vos alegueis haber sido concluído en la segunda hora de la noche, porque todos los tiempos son apropiados para recibir el consentimiento de una persona mayor de 25 años que goza de razón" (ver **Code et Novelles de Justinien**, t. I, pág. 275, edic. París, 1806), estiman que los citados emperadores sólo quisieron establecer una comparación entre la cosa juzgada y la transacción, para justificar la solución que dieron al caso sometido a su decisión. Entienden los autores citados que existen más diferencias que semejanzas entre la sentencia y la transacción, diferencias que son las siguientes:
1º) Una sentencia es el fruto de una convicción llevada hasta la certidumbre al espíritu del magistrado que la pronuncia, al paso que la transacción es siempre una concesión arrancada por la duda sobre el derecho y por la desconfianza sobre la opinión propia.
2º) La sentencia es dictada sobre una controversia existente. La transacción puede tener por objeto evitar una controversia posible.
3º) La sentencia, aun revestida de la autoridad de la cosa juzgada, puede ser, por Derecho francés, atacada por vía de casación o demanda civil. La transacción tiene, desde este punto de vista, más solidez, en cuanto sólo puede ser atacada por títulos nuevamente descubiertos, de los que resulte que una de las partes no tenía ningún derecho, como lo preceptúa la segunda parte del art. 2057 del Código de Napoleón; o puede ser rescindida por la misma causa, tal como lo preceptúa el art. 859 del C. argentino; el in fine del art. 1975 del C. italiano; 1720 del C. portugués; 1818 del C. español; 1900 del C. holandés; 1387 del C. austriaco; 3050 in fine del C. de Luisiana; 1036 in fine del C. brasileño; 2459 primera parte C. chileno; 2432 primera parte C. colombiano; 2478 C. ecuatoriano; 2163 C. uruguayo; 1723 parág. 2º C. venezolano; 1403 parág. 2º del C. boliviano; 2957 in fine C. mexicano, etc.
4º) La sentencia puede ser casada, por Derecho francés, en una parte, con subsistencia de la otra. Mas la nulidad de una de las disposiciones de la transacción produce la nulidad de todo el contrato, porque ella es indivisible, según así lo estatuye nuestro art. 2187.
5º) La cosa juzgada es ejecutiva respecto de terceros como lo estatuye nuestra art. 791, al paso que la transacción no reviste la autoridad de la cosa juzgada sino sólo entre las partes y sus sucesores, como lo dispone el artículo **sub examen**. (Ver Troplong, Nºs 130 a 134, págs. 647 y ss.).

Art. 2192. — La transacción entre el acreedor y el deudor puede ser invocada por el fiador que expresamente se hubiere obligado a pagar previa excusión de los bienes del deudor principal, y puede ser opuesta al fiador solidario que se hubiere obligado sin esta limitación.

Dado lo dispuesto por nuestro art. 2161, según el cual **"El fiador está obligado solidariamente con el deudor principal al pago de la deuda"**, sin perjuicio de convenir con el acreedor que no será obligado a pagar antes de la excusión del deudor, ocioso es que con arreglo a dicha norma, la ley establece una correalidad legal entre deudor principal y fiador, caso en el cual, hay unidad de vínculo con pluralidad de relaciones

subjetivas, tal como por la institutá se halla caracterizada la correalidad, sea convencional o legal. Siendo así, la situación del fiador solidario que no limitó su obligación de pagar previa excusión del deudor, es idéntica a la estatuida por el art. 480 de nuestro Código de Comercio, siquiera la fianza no revista carácter de comercial, distinción ahora innecesaria dada la unificación interna de nuestro Derecho privado. Ocioso es así que no podamos trasegar a este Código el art. 852 del C. argentino, inspirado en el art. 1207 del Esboço de T. de Freitas, fundado en la mancomunación simple de la obligación del fiador civil con la del deudor principal y su naturaleza accesoria, que no obliga al pago sino previa excusión de los bienes del deudor. Tampoco podíamos traer a este Código el in fine del art. 853 del C. argentino, según el cual la susodicha transacción no puede ser opuesta contra el fiador, porque si el fiador se obligó sin restricción de su obligación de pagar subordinándola a la previa excusión de los bienes del deudor evidente es que su caso es de excepción a la regla concursus partes fiunt y que siendo así, por razón de la unidad de vínculo, puede la transacción serle opuesta. (ver lo que sobre la extensión de la cosa juzgada en la solidaridad dejamos explicado bajo el Nº 891 de nuestro Tratado de las Obligaciones, y lo que acerca de la oponibilidad de la transacción con el deudor principal al fiador solidario explicamos bajo el Nº 1756 del mismo Tratado.

Siendo así, y dado lo dispuesto por nuestro art. 2161, mal podríamos trasegar a este Código el art. 853 del Código argentino, ni sus copias los arts. 2194 del Anteproyecto de Bibiloni y 1348 del Proyecto argentino de 1936, sólo conciliables con el principio de la pluralidad de vínculos con unidad de prestación del Código francés, pero no con el de este Código inspirado en la autoridad del Código romano según la cual lo propio y esencial de la solidaridad perfecta o correalidad es la unidad de vínculo con pluralidad de relaciones subjetivas.

Art. 2193. — La parte que en la transacción hubiere transferido a la otra alguna cosa como suya propia, estará sujeta a la indemnización de pérdidas e intereses si el poseedor de ella fuere vencido en juicio; pero la evicción sucedida no hará revivir la obligación extinguida en virtud de dicho contrato.

Ver: arts. 855 C. argentino; 1211 del Esboço de T. de Freitas; 2196 del Anteproyecto de Bibiloni; 1350 del Proyecto argentino de 1936. Si por el contrato de transacción de un pleito reivindicatorio el demandado reconoce que el inmueble pertenece en propiedad al reivindicante, y por otra cláusula el actor se obliga a transferir al demandado la propiedad de dicho bien por una suma determinada que éste se obliga a pagarle, la transacción dejará ser meramente reconociente del derecho del otro contratante para ser un verdadero contrato de compraventa, tal como Pothier lo explica en su Traité du Contrat de Vente, in Oeuvres, t. III, Nº 647, pág. 258 y Troplong en el Tít. XV Des Transactions, Nº 1 y 13, pág. 560, porque estiman que sería inicuo que el contratante que por vía de transacción pagó una suma por la cosa que en propiedad recibió de la otra parte, sea despojado de ella sin indemnización. (ver lo que acerca de este caso exponemos bajo el Nº 1758 de nuestro Tratado de las Obligaciones, t. III, pág. 241).

Art. 2194. — Si el que hubiere transigido sobre un derecho propio adquiriere después de otra persona un derecho semejante, no quedará, en cuanto al derecho nuevamente adquirido, obligado por la transacción anterior.

Ver: arts. 856 C. argentino; 2050 C. francés; 1893 C. holandés; 1210 del Esboço de T. de Freitas; 3041 C. de Luisiana; 1715 C. portugués; 2166 C. uruguayo; 2464 C. chileno; 2487 C. colombiano; 2483 C. ecuatoriano; 1032 parág. 2º C. brasileño; 2199 C. nicaraguense; 2050 C. de la República Dominicana; 1210 del Esboço de T. de Freitas; 2197 del Anteproyecto de Bibiloni; 1351 del Proyecto argentino de 1936.

Dada la sibilina redacción del art. 856 del C. argentino, optamos por la versión literal a nuestro idioma del art. 2050 del C. francés, inspirado en el principio según el cual la interpretación de la transacción es de strictissimi juris. Y es así cómo explicando Troplong el sentido de nuestro artículo propone la hipótesis de que habiendo yo heredado de Paulo por mitad la propiedad de un campo, litigiosos entre él y Juan, transijo con éste sobre la propiedad de dicho campo, y después acrezco mi parte por renuncia de mi coheredero a su cuota parte en el mismo inmueble, claro es que no quedo obligado, en cuanto al derecho nuevamente adquirido, por la transacción anterior. (ver: autor y opus cits. Nº 117 y 118, pág. 640).

Art. 2195. — La transacción sólo es nulable por dolo, violencia o error esencial sobre la persona o cosa controvertida.

Ver: arts. 857 C. argentino; 2053 C. francés; 1775 del C. italiano de 1865 ya abrogado; 1719 C. portugués; 1896 C. holandés; 3046 C. de Luisiana; 1727 primera parte de Goyena; 1030 C. brasileño; 1817 primera parte C. español; 1385 C. austriaco; 1399 C. boliviano; 2456 segunda y tercera parte; y 2457 C. chileno; 2479 y 2480 C. colombiano; 2475 y 2476 C. ecuatoriano; 2162 primera parte C. uruguayo; 1852 incs. 1º y 2º C. guatemalteco; 2201 y 2202 C. nicaraguense; 2010 y 2011 C. hondureño; 2053 C. de la República Dominicana; 4828 C. de Puerto Rico; 738 C. Civil de la República de China; 779 C. alemán; 622 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1204 a 1206 del Esboço de T. de Freitas; 2198 del Anteproyecto de Bibiloni; 1352 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Si los actos jurídicos son anulables por los vicios de la voluntad, como el dolo, el error y la violencia, y los contratos son actos jurídicos, el de transacción no puede escapar a su anulabilidad si dichos vicios inficcionan la voluntad de los contratantes. No hay principio ni norma alguna de la ley que coloque a la transacción por encima de los demás contratos. Desde este punto de vista bien podría considerarse ocioso este precepto. Mas como quiera que limita la anulabilidad a los casos de la existencia de los mencionados vicios, excluye la anulabilidad por error de cálculo y error de derecho relativo a las cuestiones que han sido objeto de controversia entre las partes, que más de un código contemplan expresamente, tal como el 1969 del C. italiano de 1942. El error de derecho es la ignorancia de la ley en sí misma y en su aplicación, que a nadie excusa. Si tal error fuera admisible como causa de anulación de la transacción, cuyo objeto esencial es dirimir un pleito pendiente o poner fin a una duda sobre el derecho litigioso, no habría transacción que quedara en pie. Con tan futil pretexto se renovaría el litigio y así sucesivamente. Tal es la doctrina enseñada por Aubry y Rau (t. VI, parág. 422, texto y nota 1 quater, pág. 240, 5ª edición). Llama así la atención que el error de derecho sea admitido por el inc. 1º del art. 1352 del Proyecto argentino de 1936, reproducción del art. 858 del Código, inspirado en un error de la 3ª edición de Aubry y Rau.

Harto se sabe en qué consiste la acción dolosa, como afirmación de lo falso o disimulación de lo ver-

dadero, como toda maniobra para inducir a la otra a consentir lo que no habría consentido sin ser víctima de tales fingimientos, o engaños fraudulentos. Por eso enseña Troplong que no es dolosa la pretensión exagerada de una de las partes. Cada uno —agrega— es dueño de intentar bajo su responsabilidad y riesgos, una acción mal fundada. Corresponde a la otra parte resistir, si lo juzga conveniente, a las exorbitantes pretensiones de su adversario.
El error sobre la persona es esencial cuando transando con Maevius en la creencia de ser el heredero de mi acreedor, resulta Scepticus declarado heredero en virtud de un testamento cuya existencia era ignorada o desconocida. Si, pues, en ejecución de la transacción he pagado alguna suma a Maevius, quedaría éste obligado o devolvería, por aplicación de la condictio indebiti.
Difícil es que se ofrezca el error sobre la cosa, como por ejemplo si entendiendo transar la dudosa o controvertida propiedad del inmueble A, se transa sobre la propiedad del inmueble B. (ver: autor y opus cits. 142 a 144, pág. 659).

Art. 2196. — Igualmente anulable es la transacción concluída en consideración a un título nulo o falso cuya causa de nulidad o falsedad era ignorada por una de las partes. En este caso, la nulidad podrá ser demandada sólo por la parte que ignoraba la causa de la nulidad del título.

Ver: arts. 2054 C. francés; 1972 parág. 2º y 1973 C. italiano; 3047 C. de Luisiana; 2454 C. chileno; 2477 C. colombiano; 2473 C. ecuatoriano; 1400 C. boliviano; 1720 C. venezolano; 1314 C. peruano; 1852 inc. 3º C. guatemalteco; 2954 C. mexicano; 1380 C. costarricense; 2183 C. nicaraguense; 2008 C. hondureño; 2054 C. de la República Dominicana; 593 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos.
El presente artículo substituye al art. 858 del C. argentino, porque inspirado éste en lo que por un sensible error de doctrina enseñaron Aubry y Rau en la 3ª edición, (t. III, parág. 422, texto y nota 10, pág. 488), a propósito del in fine del art. 2054 del C. francés, error rectificado por dichos autores desde la cuarta edición de la misma obra, lo mismo que en la 5ª edición, rectificación señalada ya en 1881 por Segovia en la nota 23 al art. 858 del C. de Vélez Sarsfield, mal podríamos trasegarlo a este Código, siquiera Bibiloni lo haya reproducido en el art. 2199 de su Anteproyecto y la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 1352 inc. 1º del Proyecto de 1936.
El art. 2054 del C. francés reza: "Il y a également lieu a l'action en rescisión contre une transaction lorsqu'elle a été faite en execution d'un titre nul, a moins que les parties n'aient expressement traité sur la nullité".
De las versiones castellanas conocidas de este precepto acaso la más aproximada es la del art. 2454 del C. de Chile, obra de don Andrés Bello, siquiera modificada por la locución que dice: "Es nula en todas sus partes la transacción etc.
Es lo cierto que la anulabilidad a que el art. 2054 del C. francés se refiere es la que procede por vía de acción en juicio, y harto se sabe que la acción de nulidad es, según la definición de Planiol, la sanción penal de la ley civil. Mas la acción de rescisión de que deriva la rescindibilidad de los contratos, no es ni debe confundirse con la anulabilidad derivada del ejercicio de la acción de nulidad. Bien dice el mismo Planiol que se dice que un contrato queda resuelto todas las veces que queda destruído retroactivamente por una causa distinta de una nulidad inicial. Puede la resolución tener lugar de pleno derecho por el cumplimiento de una condición resolutoria, o por ejecución de una sentencia por inejecución por una de las partes de la obligación por ella asumida en virtud de un contrato sinalagmático, tal como por Derecho francés se entiende el sentido del art. 1184 del Código de Napoleón, dada la naturaleza condicional del consentimiento prestado a dichos contratos, fundamento de la exceptio non adimpleti contractus. (ver autor y opus cit. t. II, Nº 1307 a 1309, pág. 444, 9ª edición).
No obstante la universalidad de estos distintos conceptos de anulabilidad y de resolubilidad de un contrato, el art. 858 del C. argentino, estatuye que: "La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo"... etc., como versión literal a nuestro idioma de la primera parte del art. 2054 del C. francés, como si en efecto se tratara de la acción de rescisión, cuando los propios Aubry y Rau, cuya es la doctrina en que se inspira dicen a este propósito: En fin, la transactión est annulable pour défaut de cause, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul" (t. III, parág. 422, texto y nota 8, pág. 487, 3ª edición).
Tampoco la locución francesa: "en execution" equivale al castellano "en cumplimiento" o "en ejecución", porque carecería de sentido celebrar una transacción para dar ejecución o dar cumplimiento a un título nulo que virtualmente es inexistente. Don Andrés Bello acertó diciendo "en consideración a un título nulo" que nosotros empleamos en el artículo sub examen.
Mas pasando de esta peccata minuta del traductor, a lo que sigue del citado art. 858 del Código argentino, que dice: "o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituído, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título", versión castellana aproximada a lo que Aubry y Rau agregan al párrafo anterior, cuando dicen: "c'est-a-dire, lorsqu'elle a eu pour objet de regler les effets de droits dénués de tout principe d'existence, en raison de la nullité du titre qui les avait constitués; il import peu, a cet égard, que les parties aient ou non connu la nullité du titre, et bien moins encore qu'elles l'aient suppose valable par erreur de fait, ou par erreur de droit. La transaction ne peu, en pareil cas, etre maintenue que lorqu'il a été expressément traité sur la nullité", tampoco puede trasegarse al presente Código, cuando los propios Aubry y Rau, volviendo en la 4ª edición de su obra a un nuevo examen de la cuestión suprimieron todo ese largo párrafo y modificaron la doctrina expuesta en la nota 5 (t. VI, pág. 211, 5ª edición).
Refiriéndose estos autores a la frase final del art. 2054 del C. francés: "a moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité", enseñaron que ella prueba que el sólo conocimiento de la nulidad no es suficiente para validar la transacción, porque cuando se transa sobre un derecho que no puede existir independientemente del título que lo constituye, la anulación de este título hace desaparecer de una manera absoluta ese derecho, y no deja ninguna causa a la transacción. Ahora bien, desde el momento en que se admite que la nulidad pronunciada por el art. 2054 se funda, no en un vicio del consentimiento, sino en la falta de causa, no hay por qué averiguar si las partes tuvieron o no conocimiento de la nulidad y mucho menos si ha sido por un error de derecho o por un error de hecho que lo supusieron válido. Siendo así, el conocimiento de la falta de causa no podría validar la transacción destituída de ella. Como la cuestión de nulidad o de validez de un título puede en sí misma presentar dudas más o menos serias, la transacción debe ser mantenida, aunque hecha en consideración a un título nulo, si ella, simultáneamente, se ha referido a la cuestión de la eficacia del título y a las dificultades que presenta su ejecución.
Vélez Sarsfield no podía sospechar que al cabo de los años sería esta doctrina rectificada por sus propios expositores. En efecto, en la nota 5 del parágrafo 422 (t. VI, pág. 211), dicen que "un nuevo examen de la cuestión (relativa al alcance del in fine del art. 2054 del C. francés) los conduce a reconocer que las expresiones finales del citado artículo no son tan decisivas como parecen desde el primer momento (en el sentido de que la transacción es nula por falta de causa, abstracción hecha de todo error). Si de

ellas resulta —agregan— que la acción de nulidad debe ser rechazada como inadmisible, cuando las partes han tratado expresamente de la nulidad (del título), no resulta de las mismas que en la hipótesis contraria, debe ser necesariamente admitida como fundada, aun cuando la parte que ataca la transacción hubiere conocido el hecho capaz, por su naturaleza, de entrañar la nulidad del título en consideración al cual fue celebrada. La relación que existe entre el art. 2054 y el que le precede, así como su comparación con el que le sigue, demuestran que el legislador no ha entendido abrir contra la transacción sino una acción de nulidad por error de hecho, y no excluirla como no sucedida por falta de causa.

Rectificada en estos términos la doctrina expuesta en la 3ª edición, se impone la reducción del art. 858 del C. argentino a los términos del artículo sub examen, tal como reza el parág. 2º del art. 1972 del Código italiano, pues, las transacciones no pueden ser anuladas por error de derecho, tal como lo enseñan Duranton (t. XVIII, Nº 423, pág. 462, 4ª edición); Troplong (opus cit. Nº 146, pág. 665); Pont (t. II, Nº 702 a 711, pág. 365 y ss.); Toullier (t. VI, Nº 72, pág. 72, 4ª edición); Baudry Lacantinerie y Wahl, opus cit. Nº 1248, pág. 663 y ss.); Rouast, Savatier y Lepargneur in Planiol y Ripert, (t. XI, Nº 1602, pág. 963); Josserand, (**Cours de Droit Civil**, t. II, Nº 1456, pág. 693); Guillouard (**Traités de Transactions**, Nº 149, pág. 458), etc., y en el Derecho italiano; Messineo, t. VI, parág. 163 Nº 8, c), pág. 212, y lo que acerca de esta materia dejamos expuesto bajo el Nº 1763 de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones (t. III, pág. 245).

Art. 2197. — Es también anulable la transacción hecha, en todo o en parte, por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta que la parte que según ellos no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso los había ocultado de mala fe.

Ver: arts. 859 C. argentino; 2057 C. francés; 1975 **in fine** C. italiano; 1720 C. portugués; 1900 C. holandés; 1387 C. austriaco; 3050 **in fine** C. de Luisiana; 1818 C. español; 2459 parág. 2º C. chileno; 2482 parág. 2º C. colombiano; 2478 parág. 2º C. ecuatoriano; 2163 C. uruguayo; 1401 C. boliviano; 1721 C. venezolano; 1852 inc. 3º C. guatemalteco; 1314 C. peruano; 2956 C. mexicano; 1381 C. costarricense; 2189 C. nicaragüense; 2013 parág. 2º C. hondureño; 2055 C. de la República Dominicana; 4829 C. de Puerto Rico; 596 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés de C. de las Obligaciones y los contratos; 623 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2200 del Anteproyecto de Bibiloni y 1352 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

La retensión del documento por una de las partes hecha de mala fe, constituye dolo en el que nadie puede fundar derechos que le procuren ventajas: **Nemini sua fraus patrocinari debet.** El fraudator estaría destituído de toda acción para demandar la anulación de la transacción consentida de buena fe por la otra parte, en la ignorancia del documento posteriormente descubierto y según el cual el engañador que le tendió el lazo carecía de todo derecho sobre el objeto litigioso. Si no obstante, se atreviese a demandarla, el que contrató de buena fe podría rechazar su pretensión por la excepción de dolo, tal como los emperadores Diocleciano y Maximiliano estatuyeron por la Ley 19 del Código al decir a Ireneo: "**Sub pretextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam, rescindi jura non patiuntur**" o en romance: No debe anularse una transacción celebrada de buena fe sobre la base de un acto descubierto después. (ver: Code et Novelles de Justinien, t. I, pág. 274, edición 1806; Troplong, opus cit. Nº 161, pág. 677; Zachariae, t. V, parág. 769, texto y nota 10, pág. 92; Duranton, t. XVIII, Nº 433 al fin, pág. 482, 4ª edición Pont, t. II, Nº 727, pág. 380; Baudry Lacantinerie y Wahl, t. XXIV, Nº 1252, pág. 669 etc.).

El descubrimiento de documentos que una de las partes ignoraba al tiempo de consentir la transacción no autorizaría a decir que ella obró por error o que la transacción carece de causa. Había una deuda o un litigio finiquitados por la transacción El descubrimiento posterior de documentos que la parte beneficiada por la transacción ignoraba al celebrarla, es, dice Troplong, un acontecimiento fortuito que no puede modificar la situación creada por el contrato. Tanto peor para el que habiendo renunciado derechos pretendiese anularla fundado en documentos dolosamente ocultados por él, cuando era su deber munirse de títulos y pruebas para contratar.

Los compiladores del Código francés distinguieron el presente caso en que la transacción recae sobre un objeto especial, según las leyes romanas, de la hipótesis en que las partes han transigido sobre todos los negocios que ambas podrían tener, suposición contemplada en la primera parte del art. 2057 del Código de Napoleón, según el cual "los títulos que entonces les sean desconocidos y que posteriormente descubran, no pueden ser motivo de anulación, a no ser que estos títulos se hubieran retenido por una de las partes", porque siendo la transacción de caracter general, concebida para finiquitar todos los asuntos controvertidos o dudosos, se estima que comporta la renuncia al uso de todos los documentos que posteriormente pudieran ser descubiertos, salvo los dolosamente retenidos por una de las partes.

Esta disposición que según Malleville es literalmente calcada en las leyes romanas, lo que no es verdad, no ha sido trasegada al art. 859 del C. argentino, acaso por su evidente superfluidad. Se halla, empero, reproducida por la primera parte del art. 1975 del Código italiano de 1942, cel que en este punto nos apartamos.

Art. 2198. — Es también anulable la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, en el caso que la parte que demandare la anulación de la transacción hubiere ignorado la sentencia que había concluído el pleito. Si la sentencia admitiere algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción.

Ver: art. 860 C. argentino; 2056 C. francés; 1974 C. italiano; 1899 C. holandés; 3049 C. de Luisiana; 1819 C. español; 1402 C. boliviano; 2164 C. uruguayo; 1722 C. venezolano; 1852 inc. 5º C. guatemalteco; 2958 C. mexicano; 1036 C. brasileño; 1379 C. costarricense; 2187 segunda parte C. nicaragüense; 2009 C. hondureño; 2056 C. de la República Dominicana; 4830 C. de Puerto Rico; 1729 de Goyena; 1204 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas; 595 del Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2201 del Anteproyecto de Bibiloni; 1352 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Viene igualmente esta decisión de la Ley 32 del Código de Justiniano: "**Si causa cognita prolata sententia (sicut jure traditum est), appellationis, vel in integrum restitutionis solemnitate suspensa non est, super judicato frustra transigi, non est, opinionis incertae**"... o en romance "si una sentencia dictada con conocimiento de causa (como lo establece el derecho), no es suspendida por la apelación o por la restitución in integrum, cierto es que vos habeis transigido en vano"...

Si, pues, ignorando la parte que ganó el pleito, transige sobre el litigio, la transacción sería anulable, y lo sería con harta mayor razón si la parte perdidosa transó a sabiendas de haberle sido adversa la sentencia, porque en tal supuesto habría dolo de su parte.

Contempla nuestro artículo la eventualidad de que la sentencia admita algún recurso, lo que a estar al

concepto de Savigny sobre la cosa juzgada sabe a una contradicción, porque casualmente se entiende por tal la sentencia contra la cual no se admite recurso alguno. Mas, lo contrario acontece en Derecho francés, razón por la cual el **In fine** del art. 2056 del Código de Napoleón preceptúa que: **Si la sentencia ignorada era suceptible de apelación, la transacción es válida".** Mas no mencionándose por este precepto el recurso de casación, enseñan Troplong y demás autoridades, fundados en el dictamen de Bigot de Preameneu que impidiendo dicho recurso que haya un derecho adquirido, la transacción no puede suspender su ejercicio. Interpretando Troplong a contrario sensu el art. 2056 enseña que si las dos partes transan el litigio a sabiendas del fallo de última instancia, la transacción será válida. El Derecho romano, empero, no lo permitía. Estatuyen los textos que no se debe guardar consideración alguna a la transacción de un litigio finiquitado por sentencia de última instancia, aun cuando las partes hubiesen conocido el resultado del juicio. (ver autor y **opus** cit. Nº 153 a 156, pág. 672 y ss.; Zachariae, t. V, parág. 769, texto y nota 9, pág. 91; Duranton, t. XVIII, Nº 431, pág. 478, 4ª edición; Aubry y Rau, t. VI, parág. 422, texto y nota 7, pág. 212, 5ª edición; Pont, t. II, Nºs. 721 a 725, pág. 377 y ss., etc.).

Art. 2199. — La transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser anulada por descubrirse en ésta errores de cálculo. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiere error en lo dado, o cuando se hubiere dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo.

Ver: arts. 861 C. argentino; 1727 de Goyena; 2058 C. francés; 1404 C. boliviano; 2458 C. chileno; 2481 C. colombiano; 2477 C. ecuatoriano; 2012 C. hondureño; 2058 C. de la República Dominicana; 2202 del Anteproyecto de Bibiloni; 1352 **In fine** del Proyecto argentino de 1936.

No debe confundirse, dice Troplong, el error de cálculo con las pretensiones formuladas por una de las partes por medio de una cifra que la otra reputa exagerada. En este caso podría haber una aserción falsa, pero no un error de cálculo. (autor y opus cits. Nº 167, pág. 630).

TITULO XLVI

DE LA CESION DE BIENES A LOS ACREEDORES

Art. 2200 — La cesión de bienes a los acreedores es el contrato por el cual el deudor encarga a éstos o a algunos de ellos de la liquidación de todos o parte de sus bienes y de repartirse entre sí el precio obtenido, en satisfacción de sus créditos.

Ver: art. 1977 C. italiano; 1265 y 1267 C. francés; 1175 C. español; 2166 y 2168 C. de Luisiana; 856 y 857 C. boliviano; 1934 y 1936 C. venezolano; 1265 y 1267 C. de la República Dominicana; 3179 C. de Puerto Rico; sin antecedentes en el Código argentino, ni en el Anteproyecto de Bibiloni, ni en el Proyecto argentino de 1936.

La cesión contractual de bienes a los acreedores es figura jurídica que procediendo históricamente de la **cessio bonorum** instituida por la ley Julia de **bonis cedendis**, recibió carta de ciudadanía en el Código francés y sus imitaciones, pero inexplicablemente omitido en el Código argentino, acaso porque habiéndose abolido la prisión por deudas, a evitar la cual fue admitida la cesión podía parecer ociosa como única ventaja para el deudor en trance de caer en insolvencia, según así se infiere de la repuesta del Emperador Alejandro a Ireneo, al expresarle por la Ley 1, Tít. LXXI, Libro VII del Código: **"Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sunt liberati, In eo enim tantummodo hoc beneficium eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem"**, o en romance: los que hacen cesión de bienes no se liberan sino en la medida en que sus bienes alcanzaran a pagar todas sus deudas: porque la única ventaja que para ellos resulta de la cesión de bienes es la de no poder ser, por la cosa juzgada, reducidos a prisión. (ver: **Code et Novelles de Justinien**, t. III, pág. 305, edición francesa de 1806).

Por la cesión de bienes quedaba el deudor destituido del ejercicio de sus derechos, pero sus acreedores no adquirían el dominio de los bienes abandonados por él, sino sólo la facultad de venderlos y recibir su precio en pago de lo que se les debía, tal como lo dispusieron por la Ley 4 del Código los emperadores Diocleciano y Maximiliano, al decir: **"non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suae consulere permissum est"**.

Tal es el espíritu de los arts. 1265 y 1266 del C. francés, según los cuales la cesión de bienes no es un abandono de la propiedad, sino sólo de la posesión de los bienes, en virtud de la cual quedan los acreedores autorizados a venderlos para pagarse con su precio. Esta cesión supone la aceptación igualmente voluntaria de los acreedores, de suerte que siendo contractual no produce sino los efectos resultantes de las estipulaciones del mismo contrato (art. 1267).

Por Derecho romano no hacía falta el contrato. Bastaba la sola declaración del cedente, tal como el Emperador Theodosius lo estatuyó por la ley 6, parág. 1 del Tít. LXXI, según la cual: **"In omni cessione sufficit voluntaris sola profesio** (Código, Lib. VII). Las antiguas solemnidades de la cesión quedaron abolidas. La cesión así concebida priva al deudor del derecho de disponer de los bienes cedidos por su sujeción a un **vínculo de indisponibilidad**, distinto al que resulta de un embargo, como lo veremos respecto de los bienes sobrantes al pago total de sus deudas, los cuales retornan a su libre disposición.

La cesión tiene lugar **pro solvendo**, no **pro soluto**, como acontece en la cesión de un crédito en prenda de una deuda, por virtud de la cual, el acreedor pignoraticio puede hacerlo vender para cobrarse con su precio. Por virtud de la cesión de bienes queda el deudor liberado en los límites de lo que sus acreedores reciban, en proporción de sus respectivos créditos, de suerte que, si los bienes resultan insuficientes para su total satisfacción, el deudor no queda liberado en cuanto al saldo.

El deudor no pierde por la cesión la propiedad de los bienes cedidos, tanto que si los acreedores pueden ser totalmente pagados con sola una parte de dichos bienes, el sobrante retorna a la libre disponibilidad del deudor, quien además conserva el derecho a supervisar las gestiones de sus acreedores y a exigirles la rendición de cuentas.

Los acreedores obran como mandatarios in rem suam (Duranton, t. XII, Nº 244, pág. 357). La cesión debe hacerse por escrito. Si entre los bienes cedidos se cuentan créditos, la cesión de éstos sólo producirá efectos desde la notificación a los deudores cedidos.
Los acreedores anteriores y extraños a la cesión pueden accionar sobre los bienes cedidos, pero no contra los actos de enajenación que legítimamente sean llevados a cabo por los liquidadores.
Los acreedores igualmente extraños, pero posteriores a la cesión, deben respetar el vínculo de indisponibilidad sobre los bienes cedidos, porque era conocible de todos si por tener la cesión por objeto bienes inmuebles, ha debido publicarse su cesión en el registro inmobiliario.
Los acreedores cesionarios no pueden accionar sobre los bienes objeto de la cesión, porque ellos se han obligado a practicar su liquidación. A ellos les corresponde exclusivamente la administración de dichos bienes y el derecho a disponer de ellos.
El deudor puede desistir de la cesión ofreciendo el pago del capital y sus intereses (ver Messineo, t. IV, parág. 115 ter, nº 1 bis, pág. 284; Pothier, in Oeuvres, t. I, nº 127, pág. 628 y t. X, Du Benefice de Cession, nº 709, pág. 334; Zachariae, t. III, parág. 565, pág. 440 y ss. Duranton, t. XII, ns. 241 a 272, pág. 352, 4ª edición; Aubry y Rau, t. XII, parág. 781, 1º texto y notas 1 a 5, pág. 625, 5ª edición; Pont, t. II, nº 918, pág. 499; Laurent, t. XVIII, ns. 715 y ss., pág. 238 y ss.; Larombiere, t. III, arts. 1265 a 1267, pág. 486 y ss; Delomombe, t. XXVIII, ns. 182 a 185, pág. 133 y ss; Baudry Lacantinerie y Barde, t. XIII, ns. 1635 ss., págs. 725 y ss.; Esmein, Radouant y Gabolde, in Planiol y Ripert, t. 786 y ss., pág. 83 y ss., etc.).

Art. 2201 — La cesión de bienes debe hacerse por escrito, bajo pena de nulidad. Si entre los bienes cedidos existen créditos, se observarán las disposiciones de los arts. 913 y 921.

Ver: arts. 1978 C. italiano; 1957 C. venezolano. Omitido en el C. francés y sus imitaciones, acaso porque resulte superflua la forma escrita para un contrato que envolviendo un mandato para vender bienes muebles o inmuebles y créditos mal podría ofrecerse desnudo de formas, porque estando tales negocios sometidos a su toma de razón en el Registro de la Propiedad, ocioso es que revistan la forma escrita y que el poder para llevarlos a cabo deba inscribirse en el Registro General de Poderes, de conformidad con lo preceptuado por nuestro art. 1452.
Verdad es que nada hay tan discutido como la cuestión de saber si la cesión de bienes lleva en sí un mandato. En efecto, mientras Aubry y Rau enseña que este contrato confiere a los acreedores un mandato irrevocable de hacer vender los bienes abandonados y repartirse entre ellos su precio según sus derechos respectivos (t. XII, parág. 781, texto y nota 6, pág. 626, 5ª edición; y Demolombe, t. XXVIII, ns. 198 y 199, pág. 141); y Zachariae (t. III, parág. 565, texto y nota 3, pág. 441) y Duranton (t. XII, nº 244, pág. 357, 4ª edición) sostienen que los acreedores son mandatarios in rem suam; Messineo, por el contrario rechaza esta tesis y opta por calificar al contrato como de cesión pro solvendo dada su finalidad cual es la de realizar una **función solutoria**, distinta del **cumplimiento** específico propio del pago, siquiera como subrogado del cumplimiento, en cuanto como éste, la cesión de bienes, siquiera no transfiera el dominio a los acreedores, se hace para que el bien o los bienes sean enajenados para que con su producto sean éstos satisfechos, con efecto liberatorio para el deudor (ver autor y opus cit. t. IV parág. 115 ter, nº 2, pág. 286).

Art. 2202 — La administración de los bienes cedidos corresponde a los acreedores cesionarios. Estos pueden ejercer todas las acciones de carácter patrimonial relativas a dichos bienes.

Ver: art. 1979 C. italiano; 1267 C. francés; 1175 segunda parte C. español; 2168 parág. 1º C. de Luisiana; 857 C. boliviano; 1267 C. de la República Dominicana; 3179 segunda parte C. de Puerto Rico.
El Código italiano de 1942 no disciplina bajo este Título sino la cesión del C. francés por los que se regula la cesión judicial de bienes a los acreedores.
El Código italiano remite la cesión judicial, cesión pro soluto, a lo preceptuado por el art. 160 de la Ley de quiebras, sobre propuesta de concordato preventivo (parág. 2). Siendo así, la presente disposición y las que le siguen, sólo se referirán a la cesión voluntaria de bienes, la cual, por su naturaleza contractual, debe regirse por las estipulaciones que convengan las partes. Mas, el artículo sub examen es de carácter supletivo de la voluntad de los contratantes, en cuanto establece que la administración de los bienes es una **administración legal** que las partes no podrían modificar por sus convenciones, como acontece con la **cesión judicial** disciplinada por el Código venezolano, cuyo art. 1946 faculta a los acreedores a dejar al deudor la administración de sus bienes y hacer con él los arreglos o convenios que tuvieren por convenientes, siempre que en ello se conformaren las dos terceras partes de los acreedores concurrentes que reunan las tres cuartas partes de créditos, o las tres cuartas partes de acreedores concurrentes que reunan los dos tercios de crédito.

Art. 2203 — El deudor no puede disponer de los bienes cedidos.
Los acreedores anteriores a la cesión que no han participado en ella pueden accionar ejecutivamente también sobre tales bienes.
Los acreedores cesionarios, si la cesión ha tenido por objeto sólo algunos bienes del deudor, no pueden accionar ejecutivamente sobre los otros bienes antes de haber liquidado los cedidos.

Ver: arts. 1980 C. italiano; sin correspondencia exacta en el Código francés y demás vaciados en sus moldes. Sólo y con respecto a la **cesión judicial** de bienes, estatuye el art. 1940 del C. venezolano que: "Son nulos y no surten efecto con respecto a los acreedores del concurso, los actos siguientes efectuados por el deudor después de la introducción de la cesión, o en los veinte días precedentes a ella: la enajenación de bienes muebles o inmuebles a título gratuito: los pagos de plazo no vencidos etc., etc.
El artículo sub-examen consagra el principio del vínculo de indisponibilidad contraído por el deudor en la cesión contractual de bienes.
El parágrafo segundo de nuestro artículo, es una advertencia a los deudores que procediendo de mala fe, omiten a legítimos acreedores en la lista de los beneficiarios de la cesión, al facultarles a ejercer sus acciones sobre los bienes cedidos.
Y el parágrafo tercero es una limitación de las facultades o derechos de los cesionarios a sólo los bienes cedidos hasta que por su liquidación se establezca si son o no suficientes al íntegro pago de lo que se les adeuda. Contempla así la ley la triste situación del deudor quien ante la imposibilidad de pagar a todos sus acreedores, apela al desesperado recurso de la cesión de bienes.

Art. 2204. — Los acreedores que han concluído el contrato o que se han adherido a él deben anticipar los gastos necesarios para la liquidación y tienen el derecho a tomar su importe del producto de ella.

Ver: arts. 1981 C. italiano. Tampoco sin correspondencia en el C. francés y sus imitaciones, según los cuales, aun la obligación de anticipar los gastos a cargo de los acreedores vendría remitida a las estipulaciones en que convengan las partes. Desde este punto de vista, evidente resulta la superioridad del Código Italiano en relación a la disciplina de esta materia.

Art. 2205 — Los acreedores deben repartir entre sí las sumas obtenidas en proporción a los respectivos créditos, salvo las causas de prelación. El saldo corresponde al deudor.

Ver: arts. 1982 C. Italiano. Aun cuando las partes omitan en el contrato la estipulación atinente a la repartición de las sumas obtenidas de la liquidación de los bienes cedidos por el deudor, deberán los acreedores proceder a su repartición en proporción a sus respectivos créditos, sin perjuicio de observar en ella las disposiciones legales que disciplinan la escala de preferencias en el concurso de varios créditos sobre el patrimonio del deudor según su privilegio.

Art. 2206 — El deudor tiene derecho a verificar la gestión de los acreedores cesionarios y obtener de ellos la rendición de cuentas al final de la liquidación o al fin de cada año si la gestión dura por más tiempo de un año.
Si se ha nombrado un liquidador debe éste rendir cuentas también al deudor.

Ver: art. 1983 C. italiano. Como la cesión voluntaria de bienes no importa la transferencia de su dominio, lógico es que éste sea conservado al deudor y que a título de tal no sólo tenga el derecho de supervisar ó verificar la gestión de las acreedores cesionarios, y la del liquidador, si ha sido nombrado por el contrato y de exigirles rendición de cuentas al cabo de la liquidación, o al fin de cada año si la liquidación dura por más tiempo.

Art. 2207 — Salvo pacto en contrario, el deudor queda liberado respecto a los acreedores cesionarios sólo desde el día en que éstos reciben la parte que les corresponde en el producido de la liquidación, y dentro de los límites de lo que han recibido.

Ver: arts. 1984 C. italiano. A falta de estipulación especial acerca de la forma de pago a los acreedores cesionarios, se aplicará la disposición supletiva del presente artículo.

Art. 2208 — Puede el deudor separarse del contrato por la oferta de pago del capital e intereses que haga a aquellos acreedores con quienes haya contratado o que se hayan adherido a la cesión. La separación producirá efecto desde el día del pago. El deudor está obligado al reembolso de los gastos de gestión.

Ver: art. 1985 C. italiano. También el derecho conferido al deudor de separarse del contrato por la oferta de pago que haga a los acreedores cesionarios, deriva del principio según el cual y a pesar de la cesión conserva el deudor la propiedad de los bienes cedidos y puede de esta suerte rescatar su posesión y liberarse de sus deudas, lo que por extraordinario que pueda parecer no es imposible que ocurra si por ejemplo recibe bienes por herencia que le permitan hacerlo. Siendo así, para que el pago produzca el efecto liberatorio deberá comprender no sólo el capital y los intereses, sino también el monto de la suma anticipada por los acreedores cesionarios para sufragar los gastos de su gestión.

Art. 2209 — La cesión puede ser anulada si habiendo el deudor declarado ceder todos sus bienes, hubiere ocultado una parte importante de ellos, o parte de su pasivo, o si hubiere pasivos inexistentes.
La cesión puede resolverse por incumplimiento según las reglas generales.

Ver: art. 1986 C. Italiano. La ocultación de una parte importante de bienes raíces, sólo sería posible por una transferencia simulada a favor de un testaferro, la cual estaría expuesta a la acción de simulación promovida por los acreedores quirografarios, y si la venta fuese real, a la acción pauliana o revocatoria, si además concurriesen los extremos a que se subordina el ejercicio de esta acción. Si los bienes ocultados por el deudor al punto de caer en insolvencia y de tener que recurrir al triste recurso de la cesión de bienes a sus acreadores, fueren muebles de subido valor, inducirían, como en los casos anteriores, una maniobra fraudulenta inspirada por la mala fe del deudor.
Para hacer pasivos inexistentes tendría el deudor que aumentar ficticiamente el número de sus acreedores quirografarios por su colusión con amigos, cómplices de su afirmación de lo falso, con que agravaría su reprobable conducta teñida en este caso de dolo. Siendo así, se expondría a la acción de nulidad de los acreedores perjudicados por tales maniobras desleales.
El mero incumplimiento del contrato de cesión no autorizaría la acción de nulidad, sino de rescisión, porque siendo sinalagmático el dicho contrario se entiende que el consentimiento prestado por cada una de las partes se halla subordinado a la condición del cumplimiento de la prestación prometida por la otra parte, tal como lo dejamos explicado en la nota al art. 2196.

TITULO XLVII

DE LAS PROMESAS UNILATERALES

Art. 2210 — La promesa unilateral de una prestación no produce efectos obligatorios fuera de los casos admitidos por la ley.

Ver: art. 1987 C. italiano. El presente artículo, como su fuente, le dice al intérprete que nuestra ley tampoco admite incondicionalmente la promesa unilateral, de suerte que siendo así, la norma sub examen, es inderogable por convención de los particulares. Es de orden público, pues, la única fuente creadora de las promesas unilaterales es la ley, y no la voluntad privada. Viene de aquí la limitada libertad de emisión de títulos de crédito.

En la promesa unilateral de una prestación se realiza la separación del débito, elemento de la obligación, de la contraprestación, su correlativo elemento, como se da en los contratos sinalgmáticos, como típicos convenios de fin.

Por evolución de la conciencia jurídica se concibe hoy como promesa unilateral lo que por el Derecho tradicional sólo se consideraba como oferta de contrato, según así lo estatuye el art. 1150 del C. argentino, cuando el que la hace renuncia al derecho de retirarla, pero que a tenor del art. 794 del Proyecto argentino de 1936, inspirado en el art. 1080 del C. brasileño, asume los atributos de una promesa obligatoria de contrato, tal como lo explicamos bajo el nº 360 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, pág. 301).

Esta limitación legal de la promesa unilateral de una prestación que los particulares no podrían derogar por sus convenciones, a sólo tres casos, la promesa de pago; el reconocimiento de una deuda y la promesa pública de recompensa reverdece en el Derecho moderno la naturaleza abstracta de la Stipulatio romana que no obligaba por razón de su causa, sino por la observancia de las formas o solemnidades a que la ley subordinaba su eficacia. Abolida por el Derecho moderno la stipulatio, por la que el acuerdo de voluntades se llevaba a cabo en dos momentos de acción, en virtud de una pregunta y de una respuesta y substituída por el consentimiento que tiene lugar en un solo instante para la perfección de los contratos sinalgmáticos, un error de Domat condujo a la exigencia del requisito "causa", como un elemento distinto del consentimiento, por trasiego indebido que él hizo de la estructura de los contratos inominados del Derecho romano en la configuración de los contratos sinalgmáticos del Derecho moderno. Más puesto en evidencia, después de un siglo y medio de controversias aquel error de Domat, la noción de causa es concebida por la jurisprudencia francesa de nuestros días como la intención motivada del agente, la cual se entiende incluída en el consentimiento, como elemento teleológico causal y final de la voluntad jurídica, tal como enseña Josserand y lo explicamos bajo los Nºs. 209 y 217 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, págs 173 y 182). El Derecho tradicional de progenie romana, estructurado en los moldes del Código civil francés, resiste a la admisión del acto abstracto, destituído de causa, salvo las monedas y los billetes de Banco, que, por su extravío o destrucción, se pierden irreparablemente para su dueño, por la imposibilidad de su reconstrucción, como contrariamente acontece con la pérdida de los documentos a la orden. Con todo, tanto el Código francés (art. 1132), el holandés (art. 1372), el de Luisiana (art. 1894) y el argentino (art. 500), admiten la validez de la convención "aunque la causa no esté expresada en ella", de suerte que, dada esta presunción de la ley, será de cargo del deudor que impugne una convención, la prueba de que realmente su obligación carece de causa.

Esta singular presunción se funda en que, para el legislador, no es concebible que una persona capaz de obligarse, dotada de discernimiento y libertad para contraerla, se obligue sin voluntad o sea sin intención alguna fundada en un motivo lícito, razonable y serio. Según esta concepción del acto jurídico, sólo el error puede suprimir la intención y devenir no causado el acto, caso en el cual podría el deudor atacarlo por la acción de nulidad de nuestro art. 526.

Dados estos antecedentes se comprenderá que la declaración de voluntad del acto jurídico del Derecho tradicional no se conciba sin una voluntad receptiva, por que siendo la fuente común y más fecunda de las obligaciones libremente estipuladas el consentimiento, mal podría conferirse fuerza vinculativa eficaz a la relación nacida de la simple "promesa de pagar", a la que los alemanes llaman "Schuldversprechen", ubicada entre las fuentes, fuera de los moldes de los contratos particulares, como figura sin causa aparente del deber; y en igual medida, al "reconocimiento de deuda", conocida en el Derecho germánico por "Anerkennungsvertrag" también eficaz para fundar una obligación original, por oposición a la figura de idéntico nombre a que se refieren los arts. 1337 del Código francés y 718 a 723 del Código argentino, destinada al reconocimiento de una deuda preexistente tal como lo dejamos explicado bajo los ns. 319, 322 y 729 (t. I) y 1460 (t. II) de nuestro Tratado de las Obligaciones, y tal como en el propio derecho germánico se conocía la promesa de cumplimiento de una obligación preexistente, como era el constitutum del Derecho romano, munida de acción, aun no revistiendo la forma de la stipulatio, explicada por Windscheid, t. II, parág. 284, pág. 112, con notas de Fadda y Bensa.

No hay que creer, empero, que la doctrina germana anterior al Código Civil del Imperio Alemán haya ignorado la noción de causa, como fundamento de la obligación contractual, y a propósito de la cual enseña Windscheid que: "Como sin causa determinante no se cumple ningún acto humano, así tampoco sin causa determinante no se emite una promesa" (t. II, parág. 318, pág. 238). Y a estar a sus anotadores, no sería él solo quien sostuviese esta doctrina, sino también los otros pandectistas más destacados, como Gneist, Heimbach, Flck, Dernburg, Seuffert, Salpius, Leonard, etc.

Mas como quiera que más de un jurista del Derecho moderno vió en la simple promesa un contrato material, como Schlossmann, Vangerow, Huschke, Regelberger y Liebe, por enérgica oposición a la concepción romana de la obligación causada, (ver nota 4 de Fadda y Bensa, in opus cit. t. II, pág. 239 y ss.), se comprenderá que suscitándose, con ocasión de discutirse el proyecto del Código alemán, la admisión de la validez, fuerza y eficacia de la promesa de pagar y del reconocimiento de deuda, como actos abstractos, se controvirtiese en el Reichstag la carta de ciudadanía que los compiladores del proyecto reclamaban y que por vía de transacción entre ambas concepciones de tal figura jurídica se propusiese limitar su admisión a sólo los dos casos mencionados, pero no sin discutir sobre dos otras cuestiones subsidiarias: 1º) la de saber si debía exigirse, para estas fuentes de obligación, ciertas formalidades particulares; y 2º) si cuáles serían los efectos de la promesa de deuda y del reconocimiento de deuda.

Los autores del Código solemnizaron la promesa y el reconocimiento abstracto, (salvo en los casos de liquidación de cuenta y de transacción), por la exigencia de la forma escrita. Cuanto a sus efectos, se estatuyó que tanto la promesa como el reconocimiento de causa no sólo constituyen una inversión de la carga de la prueba, sino que además obligan al suscritor mientras él no pretenda su descargo por vía de excepción, o anticipándose a ésta, por vía de la condictio, conforme con los arts. 812 a 814 y 817 del Código alemán.

Los arts. 812 a 814 no admiten la condictio sino sólo cuando el deudor se ha obligado por error respecto

de una deuda que había dejado de existir, o inexistente, o en vista de una deuda futura que no se ha realizado, o en vista de una prestación no cumplida, casos en todos los cuales deberá él probar — para que su excepción prospere — la extinción de la deuda preexistente, o que suscribió la promesa de pagar para satisfacer un deber de conciencia pero no una obligación munida de acción en el sentido estricto de la ley. Sólo la **condictio ob turpem causam** del art. 817 tendría así su aplicación. Se estaba así bien lejos, dicen los traductores y anotadores franceses del Código alemán, en lo que concierne a los efectos de la promesa y del reconocimiento abstractos, de una simple inversión de la carga de la prueba de la causa en el sentido en que la jurisprudencia francesa lo entiende por interpretación del art. 1132 del Código de Napoleón (ver, Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles **In Code Civil Allemand**, t. II, pág. 317 a 319, y autores allí citados; y Enneccerus, Derecho de Obligaciones, vol. II, parág. 197, pág. 507, versión castellana de Pérez González y Alguer; y Saleilles, **Etude de la Theorie Generale de L' Obligation d' apres le premier projet de Code Civil pour L' Empire Allemand**, ns. 259 a 272, págs. 297 y ss.; Messineo, t. VI, parág. 164, nº 3 — a), pág. 217; Grandi, opus cit. nº 781, pág. 528).

La fuerza obligatoria excepcional conferida por la ley a la promesa de pago y al reconocimiento de una deuda, abstracción hecha de su causa, es conforme con la **teoría de la declaración o Willenserklarungstheorie**, concebida en 1874 por Rover, según la cual "la declaración emitida por una persona capaz, produce efectos jurídicos sin consideración a si lo declarado se ha querido o no realmente", como más adecuada y sólida para vincular a las personas en el comercio jurídico. Era lo opuesto a la teoría volitiva, **Willenstheorie**, del Derecho tradicional del occidente de Europa, tal como lo dejamos explicado bajo los nºs. 300 a 312 del t. I de nuestro Tratado de las Obligaciones.

Esta teoría, empero, no deja de ofrecer en su estructura grietas o resquicios importantes por donde ella hace concesiones a la teoría volitiva, como es, por ejemplo, la admisión del error, como causa de nulidad de una declaración de voluntad, tal como lo preceptúa el art. 119 del Código alemán, vicio que, aún limitado en sus efectos, requiere pruebas negativas de la voluntad de obligarse o de la ignorancia del verdadero estado de las cosas que impidieron al declarante apreciar bien la situación al tiempo de hacer su declaración. En el mismo orden de ideas, el art. 812 de dicho Código, estatuye: "El que por una prestación o de cualquier otro modo obtenga una cosa sin causa jurídica y a expensas de otra persona, estará obligado a restituirla. Dicha obligación existirá aunque la causa jurídica existente en un principio desaparezca después, o cuando el resultado perseguido, según el tenor del acto jurídico, por medio de la prestación no llegue a realizarse.

"Se asimilará también a una prestación el reconocimiento hecho por contrato de la existencia o de la no existencia de una deuda".

Ha de bastar este precepto, que por cierto no es el único —pues son varios— para convencerse que puestos los compiladores del Código alemán a organizar en el derecho positivo una aplicación del principio de equidad según el cual nadie puede enriquecerse injustamente a expensas de otro, tropezaron con la insuperable dificultad que para estos fines ofrecía la naturaleza abstracta de la mayor parte de los títulos de adquisición en materia de derechos, tanto reales como personales, caracterizada por la producción automática de sus efectos, independientemente de las relaciones preexistentes que dieron lugar a su nacimiento, razón por la cual, abandonaron los rígidos moldes de los actos abstractos, para pedir inspiración al método romano de las categorías legales de los casos de enriquecimiento injusto expuesto a las **condictiones** y dieron entrada a la noción latina de la **causa jurídica**, que es precisamente la noción abstracta mediante la cual es permitido en los códigos latinos obtener, por vía de acción, la repetición de las ganancias reprobadas por la ley.

Tales son las bases sobre las cuales se halla organizada en el Código alemán la **Bereicherungsklage** para la restitución del enriquecimiento injusto, en adelante llamado enriquecimiento **sin causa**, contemplado por el citado art. 812, y demás casos, como la existencia de una excepción perentoria, art. 813; el acto de disposición sobre un objeto por una persona destituída de derechos, art. 816; la prestación ilícita o inmoral **a parte accipientis**, 817, etc. (ver: **In Code Civil Allemand**, nota de sus citados traductores al Tít. XXIV, t. II, pág. 366 y ss.).

Cuando los propios compiladores del Código Civil del Imperio Alemán no han podido desembarazarse de la noción psicológica de la noción de causa en relación al principio de equidad según el cual a nadie le es dado enriquecerse injustamente y contra el derecho a expensas de otro, es porque la concepción del acto abstracto a imitación de la **stipulatio** romana les resultaba de una arduidad insuperable en una época en que el Derecho había dejado de ser formalista como lo fue el romano. No obstante, la teoría de la promesa abstracta de pagar venida del otro lado del Rhin, con las limitaciones que ya hemos visto, ha prendido como una vacuna entre los más calificados comercialistas de nuestros días puestos a explicar la naturaleza de la letra de cambio dentro de una legislación indiscutiblemente contractualista, como es el Código de comercio argentino, adoptado por el Paraguay. Así, Yadarola, invocando en su apoyo la autoridad de Vivante, de Bonelli, de Rocco, de Supino, de Navarrini, de Montessori y Messineo, enseña que la voluntad unilateral explica con bastante claridad la obligación directa del librador cambiario respecto de cualquier tercero tenedor de buena fe, de donde infiere que la letra de cambio es una promesa abstracta de pago a tenor de los arts. 212, 602, 676 y 736 del Código de Comercio argentino (ver autor cit. La Fuente de la Obligación Cambiaria en el Derecho argentino). Análoga doctrina es sostenida por Raymundo L. Fernández al decir, a propósito del art. 676 del citado Código, que su disposición "es una consecuencia del carácter abstracto de la letra de cambio, cuyo valor cambiario es completamente ajeno al negocio jurídico en virtud del cual se emitió" (ver autor y opus cits. t. III, pág. III, pág. 296). Y así también Malagarriga sostiene la independencia de la letra de cambio de la relación causal del contrato en virtud del cual fue emitido (ver t. I, pág. 363 y t. IV, pág. 259). Segovia, empero, no afirmó nunca que la letra de cambio es una promesa abstracta de pago, sino que la excepción de falta de causa no puede oponerse al tercero de buena fe (ver opus cit. t. I, nota 778, pág. 249).

En el Brasil, Pontes de Miranda, glosador de la Ley nº 2044 del 31 de diciembre de 1908, sostiene que el título cambiario es abstracto por fuerza de la ley y además un derecho autónomo que adquiere el poseedor, libre de toda relación de causa en que estuviesen los poseedores anteriores (ver autor cit. **Direito Cambiario — Letra de Cambio**, pág. 4). Puede esto ser posible a tenor de la citada ley brasileña, pero no por aplicación de los citados preceptos del Código argentino de Comercio, no sólo porque la disciplina de la letra de cambio es esencialmente contractualista, sino también porque al tiempo en que Vélez Sarsfield y Acevedo compilaron el Código de Comercio de la Provincia de Buenos Aires, que por ley argentina de 10 de setiembre de 1862 pasó a regir en toda la República, mal podían haber sospechado que sólo muchos años después había Rover concebido y dado a conocer su concepción de los actos abstractos, de suerte que siendo así, la explicación de Yadarola y de Fernández no pasa de ser una artificiosa filiación de nuestro Código de Comercio al lado de las innovaciones introducidas acerca de esta materia por el Código Civil del Imperio Alemán, de 1900. Nadie ignora que "la letra de cambio no está indispensablemente ligada al contrato del mismo nombre; que éste puede ejecutarse por un medio diferente y emitirse aquella por otra causa, pero lo ordinario es, como enseña Rébora, que la letra tenga su origen en el contrato de cambio, **la preexistencia del cual debe presumirse**". (Letras de Cambio, Nº 37, pág. 89, 3ª edición). Mas adelante agrega que: "la letra de cambio abre el camino a una serie de relaciones que se desarrollan sin tener en vista la causa de la emisión; crea obligaciones cuya ejecución debe hacerse con sujección a la ley que les es propia; impone deberes a falta de los cuales puede modificarse la eficacia formal del instrumento, en perjuicio de su portador, y sin que renazcan los derechos originarios. El man-

dato es, desde luego, revocable, y no puede confundirse con la orden de pagar contenida en la letra. La cesión, por sí misma, no supone fianza, ni impide en general al deudor oponer las excepciones que tuviera contra el cedente, y esto no ocurre en el endoso. La falta de causa no puede oponerse al tercero, portador de buena fe (art. 212), etc.

"La voluntad unilateral, — agrega nuestro autor — la promesa abstracta, la obligación literal, cuyo esbozo intentaremos en el parág. 38, **son doctrinas que pretenden disciplinar en un solo concepto jurídico ese conjunto de hechos diversos, sin haberlo, en verdad, conseguido.**

"Nosotros, dice Rébora, que tenemos en nuestra ley civil un precepto como el art. 813 del Código respectivo, según el cual el acreedor que tiene garantías puede sin hacer novación aceptar que el deudor le dé billetes suscritos en pago de la deuda; que tenemos en el Código de Comercio algunas, aunque de poca trascendencia, disposiciones relativas a la provisión, y una, el art. 624, que ve en el endoso "una verdadera cesión", **debemos reconocernos menos próximos aun de la posibilidad de interpretar nuestras instituciones de cambio según esas doctrinas".** (ver opus cit. pág. 92).

Bajo el Nº 1666 de nuestro Tratado de las Obligaciones (t. III, pág. 139), creemos haber evidenciado que el acreedor hipotecario o que de otro modo goza de una garantía especial, recibe en pago una letra de cambio, no hace novación de la primitiva obligación, si la causa de la deuda fuese la misma en una y otra deuda, de suerte que si la letra no fuese pagada por el librado, la hipoteca o la garantía especial renacerían, tal como lo estatuye el art. 813 del C. argentino y el 984 del Código de Comercio argentino del 10 de setiembre de 1862, al que Segovia se refiere en su nota 11 al 813 del C. Civil (ver t. I, pág. 212). Remitimos al lector a lo que allí dejamos expuesto. No podía pedirse prueba más perentoria de que a juicio de Vélez Sarsfield, compilador del Código de Comercio, la letra de cambio es, en la relación del librador y el tomador, un negocio jurídico causal regulado según la relación material subyacente. Siendo así, la letra de cambio de nuestro Código de Comercio (que es idéntico al argentino), está lejos de ser lo que por el Código alemán es la Schuldversprechen, promesa abstracta de pago, directa emanación de la voluntad unilateral, válida y eficaz sin una voluntad receptiva, como es la del tomador de una letra de cambio de nustro derecho comercial.

Verdad es que a tenor del art. 735 **"La letra de cambio constituye relativamente a cada uno de los que la firman, una obligación distinta y personal"** y que **"Todos los endosantes son garantes del pago de la suma total no sólo hacia el portador, sino hacia los endosantes que siguen; y no pueden librarse los unos respecto de los otros, sino pagando la totalidad del crédito, ni exigir que el portador ocurra antes a los co-deudores más próximos en el orden de los endosos"**, pero no porque tales obligaciones supongan un acto abstracto, independiente del contrato subyacente entre el librador y el primer tomador de la letra, pues ningún tenedor de ella puede ignorar que quien libró la letra la expidió para pagar mercaderías o servicios por él recibidos.

La independencia de esas obligaciones obedece a una causa elemental y distinta de la que le atribuyen los juristas empeñados en presentar la letra de cambio de nuestro derecho como una promesa abstracta de pago, cual es que la obligación de todos los que la firman no es solidaria, como en la correalidad romana y la que Vélez disciplinó por los arts. 699 a 717 del Código argentino, según así lo advirtió él en su apostilla al art. 707, sino obligaciones **in solidum**, o sea obligaciones en que, fuera de toda correalidad, cada firmante de la letra, asume la obligación de pagar el todo, sin que el pago hecho por uno libere a los otros o extinga la letra, tal como acontece con la obligación que la ley de Impuesto del sellado imponía a los que con infracción de sus disposiciones daban curso a un documento no repuesto, so pena de multa del décuplo a cada una de las personas que tuvieron intervención en los trámites del documento, siquiera este sistema se halle actualmente modificado por el art. 108 del Decreto Ley Nº 23-52, actualizado conforme a la Ley Nº 339-56. **In solidum**, pero no de correalidad legal, es igualmente, a juicio de Demolombe, seguido por Baudry Lacantinerie y Barde y por los hermanos Henri y León Mazeaud, la responsabilidad de los autores múltiples de un delito civil o un cuasi delito (ver: Demolombe, t. XXVI, Nºs 291-300, pág. 226 y ss.; Baudry Lacantinerie y Barde, t. II Nº 1301, pág. 412 y Mazeaud, t. I, Nº 724, pág. 753).

En el mismo orden de ideas, la ley mercantil impone por su art. 735 a todos los endosantes de una letra de cambio la responsabilidad por el todo, sin que el pago hecho por uno libere a los otros. Es lo típico de las obligaciones **in solidum**, sensible y habitualmente confundidas con las obligaciones solidarias. La responsabilidad así establecida a cargo de cada endosante se halla impuesta por la ley en consideración a la necesidad de descombrar de toda dificultad el curso trayecticio de la letra de cambio y proteger al mismo tiempo la buena fe de todo tomador con la plena seguridad de ser pagado. Mas de aquí no debe inferirse que cada endosante ha librado una promesa abstracta de pago, totalmente desvinculada del contrato subyacente, en tanto la ley no incorpore la obligación cambiaria al limitado grupo de las promesas abstractas de pago, al reconocimiento también abstracto de deuda y a la promesa de pública recompensa.

La cacareada disposición del art. 212 de nuestro Código de Comercio según el cual: **"La falta de expresión de causa o la falta de causa, en las obligaciones transmisibles por vía de endoso, nunca puede oponerse al tercero, portador de buena fe"**, tampoco autoriza a asimilar la letra de cambio a los actos abstractos del Código civil alemán; pues, fuera de que por argumento a contrario esa disposición permite oponer la falta de causa al tenedor de mala fe, la jurisprudencia argentina jamás se avino a referir la buena fe del portador a su creencia en la legitimidad del derecho de quien le transmitió la letra, sino a su creencia en la existencia y legitimidad de la causa de su crédito, de suerte que siendo así la praxis argentina ha rechazado el carácter distinto del crédito del portador, por mucho que lo contrario haya sido enseñado por los comercialistas también argentinos. La mala fe del tenedor, contra quien procede la exceptio doli consiste, según la misma jurisprudencia, en la simple circunstancia de que él conociera el vicio causal del crédito, aunque no hubiese incurrido en connivencia fraudulenta con el precedente portador, lo que ha hecho decir a Alsina Atienza que así hemos venido a parar en la misma idea inspirada por los tribunales franceses y se repite el curioso dualismo entre las teorías doctrinarias y la vida del Derecho (ver autor cit. El principio de la Buena Fe en el Proyecto de Reforma de 1936, t. II, Nº 820, pág. 372). Análoga contradicción entre las doctrinas, hizo decir a Saleilles que en Francia la teoría está por hacerse (**Etude sur la Théorie Générale de L'Obligation, Nº 272 al fin**, pág. 304).

En suma, lo que sostenemos es que constituyendo los actos abstractos un derecho de excepción, de estrictísima interpretación, no pueden ser creados por vía de mera interpretación, sino sólo por disposición expresa de la ley, tal como lo dispone nuestro artículo sub examen.

Art. 2211. — La promesa de pago o el reconocimiento de una deuda, exime a aquel a favor de quien se la otorga de probar la relación fundamental. La existencia de ésta se presume, salvo prueba en contrario. Para que la promesa se convierta en causa de la obligación, debe consignársela por escrito.

Ver: arts. 1988 C. italiano; 780 C. alemán. La promesa abstracta de pago o el reconocimiento también abstracto de una deuda, a que se refiere el presente artículo, no requiere la expresión de causa para que el beneficiario pueda exigir su cumplimiento. Dado que la obligación no puede nacer ex nihilo, presume

la ley que ella es causada, tal como igualmente lo estatuyo el art. 500 del C. argentino; el 1132 C. francés; 1086 del C. holandés; 1888 del C. de Luisiana; 1277 C. español; 723 C. boliviano; 1290 uruguayo; 1158 C. venezolano; 1467 C. chileno; 1524 C. colombiano; 1523 C. ecuatoriano; L. C. gua malteco; 1572 C. hondureño; 1132 C. de la República Dominicana; 3434 C. de Puerto Rico; 28 del P yecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos, etc. En el presente Código la causa no un cuarto requisito de validez de las obligaciones convencionales, como lo preceptúa el 1108 del francés, porque apartándose de la concepción clásica de la causa, tal como la confundieron Domat Pothier, con la prestación de los contratos sinalagmáticos y con el espíritu de liberalidad en las do ciones, hemos optado por equipararla con la intención motivada del agente, elemento teleológico cau y final incluido en el consentimiento, de suerte que siendo así, la causa del Derecho tradicional, no expresada en la declaración de voluntad, se presume que existe por el solo consentimiento de partes en los contratos, o por la sola promesa del declarante en los actos abstractos, tal como lo estat el art. 780 del Código alemán y el 1988 del Código italiano de 1942, sin otro requisito que el de forma escrita.

De **juris tantum** la presunción de nuestro artículo, no podrá el prometiente rehusar el pago en tanto haya invalidado su promesa o por vía de la condictio si se hubiese obligado por error por una deu inexistente o que ha dejado de existir, o de una deuda futura no realizada o de una prestación no hec o por la excepción de dolo si prueba la mala fe del acreedor.

Como enseña Messineo, nuestro artículo limita, sin excluirla, el ámbito de oponibilidad de la excepción ex ca por parte del deudor, y ésta es una situación privilegiada para el acreedor. En efecto, el deudor no admitido a probar la relación fundamental o subyacente para substraerse a la obligación de cump salvo que se encuentre con un acreedor que haya sido su parte contraria en la relación fundamental. Siendo así, agrega nuestro autor, el negocio **procesalmente abstracto**, es un negocio **causal**, salvo la versión de la carga de la prueba; de manera que la eficacia —a favor del acreedor— de la abstracc material, es mayor que la abstracción procesal.

El reconocimiento de deuda, tiene por contenido, no sólo una confesión, extrajudicial, como el Código francés y el argentino, que hace plena prueba del hecho constitutivo de la deuda, sino tamb una declaración de alcance **material**, a la que es conexa solamente la inversión de la carga de la prue (ver autor y **opus cits.** t. VI, parág. 164, N° 5, 219).

Nosotros agregamos a lo dispuesto por el art. 1988 del C. italiano, el requisito de la forma escrita tatuida por el art. 780 del C. alemán, porque mal podría conferirse fuerza obligatoria a la promesa veri Siendo así y tal como lo preceptúa el art. 126 del mismo Código, debe el escrito o documento lle la firma ológrafa del prometiente. Los que no sepan o no puedan firmar, deberán formalizar su prom por ante Escribano Público. Mas si la promesa de una prestación se hace a título de donación, el 518 de dicho Código exige que ella se haga por ante Escribano Público. En la misma forma debe hac cuando el reconocimiento de deuda se hace a título de donación. El defecto de forma se subsana por ejecución de la promesa.

Art. 2212. — Aquel que, dirigiéndose al público, promete una pr tación a favor de quien se encuentre en una determinada situación lleve a cabo una determinada acción, queda vinculado por la promc tan pronto como ésta se hace pública.

Si no se pone un plazo a la promesa, o el plazo no resulta de su nat raleza o de su finalidad, el vínculo del prometiente cesa cuando dent del año a contar desde la publicación de la promesa no se haya comu cado la realización de la situación o el cumplimiento de la acción previs en la promesa.

Ver: art. 1989 C. italiano; 657 C. alemán; 8 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1512 C. brasileño; y 2702 del Esboço de T. de Freitas; 4 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y contratos; 104 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 1816, 1817 y 1818 In fine peruano; 154 parágrafo 1º del Código Civil de la República de China; 1778 y ss., del Anteproyecto Bibiloni; 1396 y ss., del Proyecto argentino de 1936.

La promesa pública de recompensa de que trata el presente artículo no debe confundirse con la of al público a que se refiere nuestro art. 1031.

Dos son las concepciones de la promesa pública de recompensa:

1º) la del **Auslobung** de los arts. 657 a 661 del Código alemán, según la cual ella es una promesa unila del prometiente dotada de la fuerza necesaria a obligarle a cumplirla, independientemente de adhesión emanada de otra persona, sistema seguido por el Código italiano (art. 1989); el Código brasi (art. 1512); 104 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 164 parág. 1º del C. de la República de China; y

2º) la del Código Federal suizo de las Obligaciones, art. 8º, según el cual ella constituye una oferta dicional de vincularse mediante un contrato, tal como en 1874 la concibió Siegel en Alemania y la exp Rabel en Suiza, oferta dirigida a persona indeterminada (**Vertragsantrag in incertam personam**), cuya efi se funda en la convención ajustada desde que una voluntad concurre a adaptarse a la oferta, sis seguido por el art. 4º del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos y cc grado, como un caso de excepción, por el art. 166 del C. civil de la República de China.

La promesa pública de recompensa, dirigida como está a personas indeterminadas, no requiere para perfección una voluntad receptiva, como ocurre con la oferta de contrato, y como se endereza a ner una contraprestación como resultado esperado por el prometiente, es también un negocio **causal**.

La asunción del vínculo por el prometiente se agota por su irrevocabilidad durante el plazo por él f o en su defecto, dentro del año fijado por la ley. No será válida la promesa pública de recompensa s acción determinada en ella y operada por el prometiente estaba ya realizada antes de su publica sólo explicable por ignorancia o error esencial del prometiente.

La promesa puede quedar sin efecto, no sólo por vencimiento del término voluntario o legal, sino bién por su revocación, como lo estatuye nuestro art. 2213. (Ver Messineo, t. VI, parág. 164, Nº 6, 221; Saleilles, **opus cit.** Nº 141, pág. 147; Windscheid, t. II, parág. 308, texto y nota 2 y 3, pág. y ss.; nota al Tít. IX de los traductores y anotadores del **Code Civil Allemand**, t. II, pág. 186 y Enneccerus, **opus cit.** vol. II, parág. 156, pág. 313 y ss.; Demogue, **Traité des Obligations**, t. I, N bis, pág. 60; Rossel, **opus cit.** t. I, Nºs. 39, 40, pág. 39, etc.).

Art. 2213. — La promesa puede ser revocada antes del vencimie del término indicado por el artículo anterior sólo por justa causa, siem

que la revocación se haya hecho pública en la misma forma de la promesa o en otra equivalente.

En ningún caso podrá tener efecto la revocación si la situación prevista en la promesa se ha realizado ya o si la acción se ha cumplido ya.

Ver: art. 1990 C. italiano; 658 C. alemán; 8 parág. 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1514 C. brasileño; 2702 del Esboço de T. de Freitas; 4 parág. 2º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 104 parág. 2º y 3º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1818 C. peruano; 165 del C. Civil de la República de China; 1779 del Anteproyecto de Bibiloni; 1397 del Anteproyecto argentino de 1936.

Códigos hay, como el alemán (art. 658 parág. 3º); el brasileño (art. 1514 parág. 2º); el peruano (art. 1818 parág. 3º); el C. de las Obligaciones de la República de Polonia (art. 104 parág. 2º); el Anteproyecto de Bibiloni (art. 1779 pará. 2º); el Proyecto argentino de 1936 (art. 1397 parág. 2º), según los cuales la fijación de plazo para la ejecución del acto determinante de la recompensa, presume renuncia al derecho de revocar la promesa antes del vencimiento del plazo.

El art. 1990 del Código italiano admite la revocación aun de las promesas con plazo fijado por el prometiente, pero subordinada a la condición de que ella sea hecha "por justa causa" o sea de buena fe, porque nadie puede fundar derecho en su mala fe. Así, sería una revocación hecha de mala fe aquella que tuviese lugar al iniciarse el cumpliminto del hecho o de la acción determinante de la recompensa, como en el ejemplo con el cual Schneider y Fick ilustran esta hipótesis: el propietario de un circo de fieras que ha ofrecido una recompensa al que se atreva a entrar en la jaula de los leones, revoca su oferta en el mismo momento en que un hombre se abre paso entre la multitud con intención de penetrar en dicha jaula. Evidente es que su revocación es contraria a las reglas de la buena fe y que por consiguiente debe ser considerada tardía (autores y opus cit. t. I, nota 15, pág. 38).

Los herederos del prometiente difunto podrían invocar el fallecimiento de su autor como justa causa de revocación antes del vencimiento del término.

El requisito de la publicidad de la revocación en forma análoga a la de la oferta, es punto menos que de derecho uniforme en los códigos que consagran la fuerza obligatoria de la promesa pública de recompensa. No se requiere que el medio de publicidad elegido para la revocación sea idéntico al de la oferta. Si ésta se hizo por carteles adosados a las paredes de los edificios, la revocación podría hacerse por la prensa, o por notificación directa.

Bueno es destacar que la revocación de nuestro derecho, contrariamente a lo dispuesto por el art. 8º parágrafo 2º del C. Federal suizo de las Obligaciones, no engendra pretensiones de indemnización a favor de las personas que ya han realizado gastos por muy de buena fe que lo hubiesen hecho, en lo que nuestro artículo sub examen concuerda con el 653 del C. alemán y el 1514 del C. brasileño.

Dispone, en efecto, el parág. 2º del 6º del C. F. Suizo de las Obligaciones que si (el prometiente) retira su promesa antes que una prestación haya ocurrido, estará obligado, en los límites de lo que prometió, a responder de los gastos hechos de buena fe; a menos, sin embargo, que él pruebe que el éxito esperado no podía obtenerse.

Mas contra esta doctrina, opone Bevilaqua las siguientes consideraciones: 1º) que si el código, reconoce expresamente, al prometiente el derecho de retractarse, antes de realizarse la prestación, siempre que no haya estipulado un plazo para la ejecución de ella, no puede imponerle una pena civil por haber ejercido, normalmente, su derecho; 2º) que, en verdad, el prometiente no prometió a persona cierta para que ésta se juzgue con derecho a reclamarle daños y perjuicios por el incumplimiento de su promesa; 3º) que por la promesa se crea el vínculo obligacional, pero éste sólo se torna definitivo por la realización del acto al que la promesa se refiere, lo cual equivale a una legitimación de derecho; 4º) que si hubiese ese derecho a reclamar daños y perjuicios por la revocación de la promesa de recompensa sin plazo, debería ser igual para todo el público o para la clase a que se dirigiese; pero sería absurdo que el prometiente tuviese que indemnizar a cuantos individuos se le presenten, alegando haberse preparado para realizar la tarea estipulada. Ni la recompensa admitiría esa división infinita, ni sería posible, en tales condiciones la figura jurídica imaginada. (autor y opus cits. t. V, pág. 275).

Art. 2214. — Si la acción se ha cumplido por varias personas separadamente, o bien si la situación es común a varias personas, la prestación prometida, cuando es única, corresponde a aquel que ha sido el primero en dar noticia de ella al prometiente.

Ver: art. 1991 C. italiano; 659 parág. 1º C. alemán; 1515 parág. 1º C. brasileño; 105 parág. 2º del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 164 parág. 2º C. Civil de la República de China; 1819 parág. 1º C. peruano; 1781 parág. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1399 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Consagra el presente artículo el **principio de prevención** (acción de prevenir, en el sentido forense de las primeras diligencias para asegurar los bienes y las resultas de un juicio), ya sea en el caso de prestación separadamente efectuada por varios sujetos, ya sea en el caso de prestación única individual (Messineo, t. VI, parág. 164, Nº 8, pág. 224).

Por lo común los demás Códigos citados agregan a la disposición del presente artículo un parágrafo por el que se estatuye que si la acción hubiese sido ejecutada por varios al mismo tiempo, cada cual tendrá derecho a una parte igual de recompensa, y si ésta no fuese divisible por su naturaleza, o si según el tenor de la promesa hubiese de obtenerla uno sólo, decidirá la suerte (art. 659 parág. 2º C. alemán; 1515 parág. 2º y 3º C. brasileño; 105 parág. 3º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1781 parágrafo 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1399 parágs. 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936).

Mas los compiladores del Código italiano de 1942 se han apartado de estas fuentes para evitar las dificultades a que puede dar lugar la distribución equitativa de la recompensa entre varias personas presentadas al mismo tiempo como ejecutantes de la prestación, sobre todo cuando son muchas al punto de reducir a la nada la recompensa prometida, y tanto peor si la recompensa fuese indivisible, como bien puede acontecer.

Art. 2215. — La recompensa ofrecida como premio de un concurso no será válida sino cuando el anuncio fije un plazo a la duración de la promesa.

La cuestión de si un concurrente que se haya presentado dentro del plazo fijado ha satisfecho las condiciones del concurso o cuál de los concurrentes merece la preferencia, deberá ser decidida por la persona desig-

nada en la promesa o anuncio, y en su defecto, por el prometiente. Su decisión será obligatoria para los interesados.

Si todos los concurrentes tuviesen el mismo mérito, el premio será distribuido en tantas partes iguales como concurrentes haya. Si el premio fuese indivisible, decidirá la suerte.

Ver: art. 661 C. alemán; 1516 C. brasileño; 1821 C. peruano; 1783 del Anteproyecto de Bibiloni; 1400 del Proyecto argentino de 1936.
La promesa de recompensa por concurso es una variedad de la promesa pública de recompensa, subordinada a los siguientes principios especiales:
1º) la fijación de un plazo a la duración de la promesa, la cual implica la irrevocabilidad del concurso; 2º) la designación de la autoridad encargada de pronunciarse sobre las candidaturas y el resultado concurso; 3º) la reglamentación de la propiedad de la obra depositada para la obtención del premio, la cual, en principio, es reservada al candidato.
Si no se ha nombrado jurado alguno, resuelve el prometiente mismo, y así ha de suponerse también, dice Ennecerus, cuando el jurado designado no puede o no quiere resolver
La decisión tomada por el jurado o por el prometiente, es obligatoria para todos los interesados. Si son varios los premiados, el premio, siendo divisible, se prorrateará entre ellos. Si fuese indivisible, se procederá a su adjudicación por sorteo. (ver autor y opus cits. vol. II, parág. 156, —IV), pág. 317 y nota de los traductores al francés del Código alemán a su art. 661, Code Allemand, t. II, pág. 171).

Art. 2216. — Las obras premiadas en los concursos de que trata el artículo anterior quedarán en propiedad al prometiente, si en la publicación de la promesa se hubiere insertado esta condición.

Ver: art. 1517 C. brasileño; 661 In fine C. alemán; 2705 del Esboço de T. de Freitas; 1783 In fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1400 del Proyecto argentino de 1946; 1822 C. peruano.
Si en las publicaciones o anuncios públicos del concurso no se estipula expresamente que el premio es el precio de la propiedad de la obra, se entenderá que sólo es un estímulo desinteresado a las artes, en compensación del esfuerzo desplegado. No se presume la enajenación de la propiedad intelectual de las obras depositadas en un concurso.
Como se comprenderá resulta difícil concebir que tratándose de un concurso de obras literarias, en prosa o en verso, pueda el prometiente pretender la propiedad de un poema o una novela u otra labor análoga a cambio del premio discernido por el jurado o por él, ni que haya escritor, prosista o poeta que, insertándose en los avisos una estipulación semejante, concurra al concurso abierto en tales condiciones.
Otra cosa sería si se tratara sólo de premiar dibujos destinados a servir de anuncios comerciales o industriales, o a marcas de fábrica o de comercio; o sellos de correo; o troqueles destinados a la acuñación de monedas, cuya propiedad artística debe pasar al prometiente.

TITULO XLVIII

DE LOS TITULOS DE CREDITO

CAPITULO I

Disposiciones Generales

Art 2217. — El poseedor de un título de crédito tiene derecho a la prestación indicada en él contra su presentación, siempre que tenga su posesión justificada de conformidad con las formas prescritas por la ley.
El deudor que sin dolo ni culpa cumple las prestaciones a favor del poseedor, queda liberado aun cuando éste no sea el titular del derecho.

Ver: art. 1992 C. italiano.
Tiene Messineo por una de las innovaciones más radicales y dignas de nota la disciplina del título de crédito, como figura genérica, en el Código italiano de 1942 sin otro precedente en la legislación de las naciones europeas que la de Suiza. (t. VI, parág. 164 bis, nº 1, pág. 226). Más adelante agrega: "A esta noción de título de crédito, adoptada por el actual Código civil italiano, se ha llegado a través de una evolución dogmática, de la cual, el indicado Código es, por el momento, la expresión más consciente y decidida (parág. 164 bis, Nº 8, pág. 243).
El título de crédito a que se refiere nuestro artículo contiene una promesa unilateral (del deudor) de efectuar una prestación; es decir, agrega nuestro autor, encierra la asunción de una obligación, hecha por medio de un negocio jurídico unilateral (no receptivo) y, sin embargo, vinculante e irrevocable.
La promesa del hecho propio puede concretarse en la promesa del hecho de un tercero, como ocurre en la letra y cheque bancario, pues, cuando el sujeto promete el hecho de un tercero, asume en definitiva, no sólo que éste cumplirá la prestación, sino también que, si el tercero no cumple, la cumplirá él como prometiente y subscriptor.
Siquiera la creación del título repose sobre la base de un contrato, mediante el cual se puede explicar por

qué se emite el título, la verdad es que ese contrato no se identifica con la relación obligatoria encerrada en el título, destinado como está a la circulación, en cuyo curso trayecticio se atribuya el derecho de crédito contenido en él a cualquier sujeto activo (acreedor), independientemente de la declaración de voluntad del acreedor, y sin que sea menester la aceptación de la promesa por cada uno de los sucesivos poseedores del título. Tal es la razón por la cual la substancia del título de crédito no puede ser explicada por la teoría contractualista.

Por razón de su contenido se ofrece variedad de títulos, según que:

a) consista en una suma de dinero (título denominados de pago);

b) o en derecho de posesión y de disposición (títulos representativos de mercaderías o títulos de tradición), pero que no confiere al tenedor un derecho real de dominio sobre la mercadería, sino sólo un derecho a la entrega de las mercaderías especificadas en el título. El derecho real se adquiere por el contrato seguido de la tradición.

La nota de prenda atribuye al poseedor del título un derecho real, o sea el derecho real de prenda sobre cosas depositadas. La nota de prenda y la fe (resguardo) de depósito se llaman **títulos de depósito**. También existen los **títulos de transporte**, que igualmente son título de crédito.

c) o en acciones de sociedad por acciones, cuyo contenido no es un derecho de crédito, ni un derecho de posesión ni de disposición, sino de **participación** en la suerte de la sociedad emisora del título. La acción de sociedad no contiene promesa alguna. Es sólo la certificación del **status** de socio.

El título de crédito es **documento constitutivo**, porque el derecho de crédito está contenido en el título y forma cuerpo con él, mediante la adquisición del derecho sobre el documento, en cuanto es res. Explícase así que por la transferencia del título se transfiera el derecho de crédito o derecho cartular; que sin su presentación no pueda cobrarse la prestación y que por su destrucción se pierda el derecho. La prenda, el embargo y cualquier otro vínculo sobre el crédito que no afecte al título, no produce efecto por la simple notificación del vínculo al poseedor del título-deudor. El suscriptor no está obligado a respetarlo. La promesa contenida en el título es incondicionada porque no está subordinada a la voluntad arbitraria del prometiente, y es, además, irrevocable, en homenaje a la certeza de las relaciones jurídicas.

Concebido el título de crédito para circular, goza del favor de la circulación, la cual es más rápida, fácil y eficiente que la que se realiza por la cesión pues, no requiere para su eficacia **erga omnes** la notificación al dudor cedido.

Enseña Messineo que el título adquiere valor circulante o mejor, que sólo entra en circulación, por su **emisión**, no por su **creación**, dos fases del nacimiento del título que deben ser mantenidas separadas. Advierte, empero que dos son las teorías que disputan cuál de ambas es la que acierta sobre el momento en que el título deviene eficaz: la que atribuye valor circulante sólo al título que ha sido creado y la que, por el contrario, atribuye importancia predominante al momento de su emisión.

La doctrina de la **creación** o de la confección gráfica del título, culmina en la subscripción, tiene un valor interno, en el sentido de que en tanto el título creado permanezca en poder del subscriptor, no contiene todavía una promesa obligatoria. Esta fase meramente preparatoria podría ser fin en sí misma, no vincula al subscriptor. El título está en **formación**. Sólo por la entrega del título a alguien el título es de crédito vinculante. La emisión es así suma de la creación y del libramiento.

Si en vez de la entrega o libramiento, el título sale del poder del subscriptor y entra en circulación por error (vicio obstativo), violencia, compulsiva, dolo, que hayan actuado sobre el emitente, el título, aunque creado, no puede considerarse emitido, y se dirá que ha entrado en circulación irregularmente.

La teoría opuesta, de la creación, no niega que algunos de los principios que acabamos de exponer, sean, en abstracto, aceptables. Plantean sus sostenedores un problema de derecho positivo, y no sólo de naturaleza del título de crédito, en el sentido que la legislación cambiaria y la legislación sobre los cheques, tal como está consagrada en los textos de Ginebra, parece que lleva el sello de los principios mucho más cuidadosos de la protección de la circulación de buena fe del título de crédito, de lo que pueden serlo los inspirados en la teoría de la emisión. 1

En efecto, el inc. 7º del art. 1º de la ley uniforme relativa a la letra de cambio y los títulos a la orden, dictada en Ginebra el 7 de junio de 1930, exige la indicación en la letra de su fecha y lugar donde fue "creada" y el inc. 8º pide firma del que crea la letra (librador). Omitimos otros argumentos de esta doctrina según la cual la ley parte de la premisa de que el título obliga desde el momento de su creación, de suerte que siendo así, como lo es, todos los problemas ya examinados se plantean y resuelven de acuerdo con estos principios.

Dejamos para la ocasión de explicar los artículos siguientes las consecuencias derivadas de esta doctrina en relación a la limitación de las defensas del emisor de la letra, tan profusamente explicadas por Messineo bajo el Nº 5 del parág. 164 bis del t. VI de su obra.

Una de dichas consecuencias es la contemplada por el artículo **sub examine** cual es la función que los tratadistas italianos llaman de **legitimación activa** en cuya virtud el derecho cartular puede ser ejercido aun sin la exacta demostración de que quien quiere ejercer su derecho es su titular, y sin la demostración de la capacidad de recibir el cumplimiento. El título es así mucho más que un medio de prueba. El que tenga su posesión justificada, aunque no sea su titular, tiene el derecho de cobrarlo. La **legitimación activa** resulta así de un hecho material: la posesión del título, acompañada o no de la designación de determinado poseedor, como **justificado** poseedor, lo que no significa que para la legitimación llamada nominal (endoso pleno o en blanco, para el título a la orden; acto de intestación o endoso para el título nominativo) sea necesaria también la referencia al negocio fundamental, sobre cuya base, la posesión ha sido obtenida por el portador del título.

Otro principio fundamental es que el deudor se libera si cumple sin dolo o culpa en manos de quien esté legitimado, aunque éste no sea el titular del derecho cartular. A estos efectos, debe el poseedor del título presentarlo al deudor que lo había puesto en circulación. La presentación implica también **restitución** del título (ver Messineo, t. VI, parág. 164 bis, Nos. 1 a 8, pág. 226 a 242).

Art. 2218 — El deudor puede oponer al poseedor del título sólo las excepciones personales a éste, las excepciones de forma, las que se fundan en el concepto literal del título, así como aquellas que dependan de falsedad de la propia firma, del defecto de capacidad o de representación en el momento de la emisión, o de la falta de las condiciones necesarias para el ejercicio de la acción. El deudor puede oponer al poseedor del título las excepciones fundadas sobre las relaciones personales con los anteriores poseedores, solamente si, al adquirir el título, el poseedor ha obrado intencionalmente en daño de dicho deudor.

Ver: art. 1993 C. italiano. Sobre la base del presente artículo que Messineo califica de fundamental, las diversas excepciones pueden vincularse:

a) a la literalidad o sea al contexto literal del título, excepción oponible a cualquiera que lo exhiba.

b) a la forma del título, referente los requisitos formales de cada título (letra de cambio, cheques, etc), también oponible a quien quiera que lo exhiba.
c) al carácter originario (o a la autonomía) del derecho cartular en la persona de quien lo exhiba, y son las excepciones personales a aquél que exhiba el título pero no las excepciones personales a sus anteriores poseedores.
d) a los requisitos **substanciales** del título; y son las que traen su origen de la falsedad de la firma, de la incapacidad del firmante, de defectos de representación, o de vicios de la voluntad de él, excepciones todas que sólo pueden ser opuestas al poseedor de mala fe, que conociendo tales vicios, exhiba el título.
e) a la irregular adquisición del título, o exceptio doli generalis, oponible al poseedor que intencionalmente haya adquirido el título al solo efecto de perjudicar al deudor, o sea con la intención fraudulenta de impedirle valerse de excepciones, oponibles a anteriores poseedores.
f) las excepciones de rito o de derecho procesal.
Las excepciones de derecho substancial indicadas se clasifican en:
a) absolutas (o in rem: reales) y relativas o in personam), según que sean oponibles a cualquier poseedor o solo a determinado poseedor que exhiba el título.
b) objetivas (o rei cohaerentes) y subjetivas (o personas cohaerentes), según que sean oponibles por cualquier deudor o bien por un determinado deudor (y no por otro).
Estas últimas excepciones se denominan personales del determinado acreedor; y de ellas, el portador del título o sea el actual acreedor), está inmune.
La inmunidad del acreedor de las excepciones personales, agrega Messineo, mira a facilitar la circulación del título quien, sabiendo que puede rechazar válidamente las excepciones personales a los precedentes portadores, está mejor dispuesto a adquirir el título (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 164 bis Nº 27, pág. 288).

Art. 2219 — Quien ha adquirido de buena fe un título de crédito, de conformidad con las normas que regulan su circulación, no está sujeto a reivindicación.

Ver. art. 1994 C. italiano. El título sustraído por hurto puede ser reivindicado si su legítimo poseedor logra encontrarlo, dado que concurren los requisitos legales para ser reivindicado, más si el ladrón lo ha hecho circular y en el curso de esta circulación el título es adquirido por un comprador de buena fe, no procederá contra él la reivindicación.

Art. 2220 — La transferencia del título de crédito comprende también los derechos accesorios inherentes a él.

Ver: art. 1995 C. italiano. Derechos accesorios del título al portador son el derecho a las cédulas; el derecho del poseedor de un título deteriorado pero identificable a obtener del emisor un título equivalente, mediante restitución del primero y el reembolso de los gastos; el derecho del poseedor de un título al portador que pruebe su destrucción a pedir al emisor el libramiento de un duplicado; los derechos a los premios y demás utilidades aleatorias producidas por el título.
La presente disposición, como mera generalización de la ley cambiaria, és aplicable a los títulos al portador, a los títulos a la orden y a los nominativos. (Messineo, t. VI, parág. 164 bis, pág. 260).

Art. 2221 — Los títulos representativos de mercaderías atribuyen al poseedor el derecho a la entrega de las mercaderías que se especifican en ellos, la posesión de las mismas y el poder de disponer de ellas mediante transferencia del título.

Ver: art 1996 C. italiano y nuestro art. 1228 y su nota. Los documentos a que se refiere el presente artículo son aquellos a los cuales la ley confiere función representativa, tales como el conocimiento de embarque, o la póliza recibo para el embarque, provista de la mención del embarque realizado, o la orden de entrega; el duplicado de la carta de porte y el recibo de carga, utilizados en la venta sobre documentos regido por nuestro art. 1228 y propia del comercio internacional, fluvial o marítimo.
La entrega de tales títulos por parte del vendedor al comprador, ocupa, dice Messineo, el lugar de la entrega de la mercadería en su materialidad, en cuanto la entrega del título atribuye, a quien tenga su posesión justificada, el derecho exclusivo de obtener la entrega de la mercadería de parte del porteador, que es el detentor de ella.
El título representativo, agrega nuestro autor, no atribuye a su poseedor la propiedad sino la disponibilidad de la mercadería. Sin embargo, tratándose de cosa mueble, la diferencia no es importante desde el punto de vista práctico, en el sentido de que el poseedor del título y comprador de la mercadería puede disponer ulteriormente de ella, transfiriéndola a terceros, o bien utilizándola por su propia cuenta; y de cualquier modo, la transferencia de la propiedad tienen lugar, porque la mercadería es individualizada, mediante la entrega al porteador, por consiguiente, aun antes de que el vendedor haga la entrega del título al comprador. Sin embargo, —continúa Messineo— si la cosa entregada al porteador estaba destinada a persona distinta del comprador (por ejemplo, por error del vendedor), la entrega no libera al vendedor, siendo inaplicable nuestro art. 1117.
Es posible, además, que el porteador no entregue al destinatario, o porque el vendedor-remitente ejerza el derecho de contra orden, o bien porque la ejecución del transporte sea imposible. En ambos casos, la entrega del título representativo no sustituye a la entrega material y no hay liberación del vendedor.
Al título representativo deben acompañar otros documentos (llamados atestivos, tales son: la póliza, que atesta el contrato de seguro de la mercadería en viaje; el llamado certificado de origen, que prueba la procedencia de ella; el certificado de análisis, que atesta su cualidad; el certificado de aduanas, que atesta el pago de los derecho aduanero para la libre entrada de la mercadería en el territorio etc. (ver: Messineo, t. V, parág. 140, Nº 15, pág. 91).

Art. 2222 — El embargo, el comiso, la prenda y cualquier otra oposición sobre el derecho mencionado en un título de crédito o sobre las mercaderías representadas por él no producirán efecto si no se llevan a cabo sobre el título.

Ver: art. 1997 C. italiano. Las mencionadas oposiciones no pueden ser realizadas contra el endosantes de la acción, una vez que ésta haya sido entregada, porque no afecta al título. La mera notificación de la oposición al poseedor del título-deudor y al subscriptor, no produce efecto alguno.

Art. 2223 — En el caso de usufructo de títulos de crédito el goce del usufructuario se extiende a los premios y a las otras utilidades aleatorias producidas por el título.
En la prenda de títulos de crédito la garantía no se extiende a los premios y a las otras utilidades aleatorias producidas por el título.

Ver: art. 1998 C. italiano. Estatuído como está a propósito de los títulos nominativos que pueden ser objeto de usufructo y que el usufructuario tiene derecho a obtener un título separado del título del propietario agrega el artículo sub examine que además tiene derecho a los premios y a las otras utilidades aleatorias producidas por el título.
Delicado es el problema suscitado por la emisión de título nominativo separado del usufructo, señalado por Messineo, cual es el modo de retirar de la circulación el título gravado cuando a la extinción del usufructo, el usufructuario o su heredero no lo restituyan espontáneamente al nudo propietario, o al emitente, interesado en verlo retirado de la circulación para demostrar documentalmente la transformación del propio derecho en derecho pleno, porque no dispone de un medio específico preparado para obtener su entrega, salvo el de la ejecución forzada.
El título nominativo puede ser dado en prenda, por su entrega y endoso con cláusula de "garantía", u otra cláusula equivalente. El endosatario en garantía (acreedor pignoraticio) no puede endosar el título sino mediante endoso con poder.
Nuestro artículo estatuye que los derechos del endosatario en garantía no se extienden a los premios y a las otras utilidades producidas por el título (ver Messineo. t. VI, parág. 164 bis, Nº 30, c), pág. 291).

Art. 2224 — Los títulos de crédito al portador pueden ser convertidos por el emitente en títulos nominativos, a pedido y expensas de su poseedor. Salvo el caso en que la convertibilidad haya sido expresamente excluída por el emitente, los títulos nominativos pueden ser convertidos en títulos al portador, a pedido y expensas del titular que demuestre la propia identidad y la propia capacidad, como está dispuesto a propósito de la transferencia de los títulos nominativos.

Ver: art. 1999 C. italiano. Consagra nuestro artículo un principio no controvertido del Derecho cartular, cual es la convertibilidad de un título al portador en otro nominativo y vice versa a petición del respectivo poseedor o titular del derecho y a sus expensas, sin que haya manera de negárselo.

Art. 2225 — Los títulos de crédito emitidos en series pueden ser reunidos en un título múltiple, a petición y costa del poseedor.
Los títulos de crédito múltiples pueden ser fraccionados en varios títulos de tipo menor.

Ver: art. 2000 C. italiano. La extrema claridad de este precepto excusa toda explicación.

Art. 2226 — Las normas de este título se aplicarán en cuanto no se encuentre dispuesta otra cosa por otras normas de este Código o de leyes especiales.
Los títulos de la deuda pública, los billetes de Banco y los otros títulos equivalentes son regidos por leyes especiales.

Ver: art. 2001 C. italiano.

Art. 2227 — Las normas de este título no se aplican a los documentos que sólo sirven para identificar al derechohabiente a la prestación o a permitir la transferencia del derecho sin observancia de las formas propias de la cesión.

Ver: art. 2002 C. italiano. El documento de legitimación a que se refiere el presente artículo, no está destinado a la circulación, y de ordinario no está extendido a nombre de una persona, pero su exhibición es suficiente, de suerte que el deudor que de buena fe le paga se libera (Messineo, t. VI, parág. 166 bis, Nº 2, pág. 433).

CAPITULO II

De los Títulos al Portador

Art. 2228 — Todo emisor de un título por el que prometa una prestación al portador queda obligado a cumplirla en la medida de su promesa al tenedor que por la presentación del título le reclame el pago, a menos que por auto motivado de juez competente se le haya ordenado la suspensión del reembolso.
Sin embargo, el suscritor o emisor, quedará liberado si hiciere el pago a un portador no autorizado a disponer del título.
La validez de la firma podrá someterse a la observancia de una formalidad particular, mediante una disposición inserta en el título, si fuere estampada por reproducción mecánica.

Ver: arts. 793 C. alemán; 846 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1505 C. brasileño; 2003 parág. 2º C. italiano; 719 y 720 C. Civil de la República de China; 1802 C. peruano.
Por el presente artículo se da carta de ciudadanía en nuestro Derecho civil a los títulos al portador que son una especie de títulos de crédito, para ser disciplinados, con las promesas unilaterales, fuera del cuadro de los contratos, como les corresponde, como fuentes de obligaciones independientes en su perfección de una voluntad receptiva.
Constituyendo, como constituyen las obligaciones por declaración unilateral, uno de los más difíciles, quizá, uno de los más profundos asuntos que la ciencia del Derecho ha controvertido y que ha producido indecisiones filosóficas y gran parte de los problemas contemporáneos del Derecho, en su dos ramas, público y privado, tal como Pontes de Miranda lo advierte en la primera página del magnífico y no igualado volumen con que enriqueció la rica bibliografía sobre "Los Títulos al Portador", consideramos imposible resumir aquí su larga historia y enumerar las diversas teorías concebidas para definir su verdadera substancia, por lo que preferimos remitir al lector a la mencionada obra del eminente jurista brasileño, ciertos de que encontrará en ella la más amplia satisfacción a su curiosidad y legítimo anhelo de saber (ver autor y opus cits. Colec. de Paulo de Lacerda, vol. XVI, edic. Río de Janeiro, 1921, pág. 3).
Resistida hasta la sanción del Código alemán la admisión en las leyes positivas de la voluntad unilateral, como fuente creadora de obligación, como lo evidencia el limitado número de Códigos modernos que la disciplinan, y puestos en el imperioso deber de legitimar su entrada en nuestro Derecho privado, nos limitaremos, por ahora, a reproducir aquí los argumentos con que Pontes de Miranda, inspirado en la doctrina de René Worms y Kuntze, analiza y recompone la fuerza obligativa de la voluntad unilateral, y confuta la doctrina adversa de los juristas ortodoxos según la cual los títulos al portador, como la promesa de pública recompensa son negocios **cum incerta persona**. Niega, y con razón, nuestro autor, que la incertidumbre acerca del o de los destinatarios a quienes en ambos casos se dirige la voluntad unilateral del declarante, sea absoluta, único caso en que, por el limitado número de su titulares, sería jurídicamente inexistente la promesa, porque el concepto de lo infinito no pertenece al Derecho. Mas si el declarante prometiese dar cien al primero que en un concurso atlético salte sin ayuda ni apoyo de ningún género una barrera de dos metros y medio, no habrá persona incierta, en sentido absoluto, sino persona aun no determinada, pero determinable.
Si porque el hombre es libre puede por su sola voluntad obligarse, en virtud de un acto exclusivamente suyo, no es dueño de modificar por su voluntad la situación de otro, con prescindencia del orden jurídico preexistente, el cual, en su misión tutelar de los intereses humanos, no obliga a nadie a ser acreedor de otro sin su voluntad. Siendo así, de nada le serviría al declarante su voluntad de obligarse a favor de una persona indeterminada, pero determinable por su aceptación, en tanto esta voluntad no se manifieste. Determinado así el beneficiario de la declaración del prometiente, quedará jurídicamente constituída su obligación. (ver autor y opus cit. Nº 2, pág. 6 y ss.).
Viniendo ahora a nuestro artículo sub examen, diremos que inspirado como está en su mayor parte en el art. 793 del Código alemán, tanto este precepto, como los que le siguen, miran a fortalecer el crédito vinculado a los títulos al portador, como instrumentos que son de la seguridad de las inversiones de capital, así sean títulos emitidos por entidades privadas o por los entes autónomos del Derecho público: Estado, Municipio, etc.
Puede la persona del emisor ser de las más honorables; prósperos los negocios de la entidad deudora y tentador el programa trazado a la aplicación de los recursos provenientes de la colocación de los títulos, pero de nada servirán estos factores si la disciplina legal de la emisión no ofreciese la mayor garantía a los tomadores o suscritores de que nadie podrá discutir la legitimidad de la posesión de sus títulos ni negarle el emisor la prestación prometida a su vencimiento. Tal es la razón por la cual los compiladores del Código alemán han querido realizar en lo posible la más estrecha asimilación de los títulos al portador con los billetes de Banco. Tal es igualmente la razón de la estrecha limitación de las excepciones que el suscriptor puede oponer, al vencimiento del título, a su portador, tanto que no puede objetarle que el título por el presentado al cobro haya entrado en la circulación contra su voluntad, como por ejemplo por pérdida o robo. Sus excepciones no pueden fundarse sino en los hechos que afecten la validez extrínseca de la emisión y resultantes del título o relativos a las relaciones personales del sucritor y del último portador, de donde viene la necesidad de una autorización del Estado para la emisión de títulos que comportan reglas tan excepcionales.
Lo único difícil de aclarar es la fuente dogmática de la doctrina legal alemana según la cual el emisor o subscriptor del título queda directamente obligado a favor del último portador, abstracción hecha de todos los acontecimientos ocurridos después que el título ha sido lanzado a la circulación hasta su presentación, pues, mientras Pontes de Miranda, que tan copiosamente espigó en las discusiones de la doctrina alemana anteriores al Código, la atribuye a las ideas del contractualista Kuntze, posteriormente expuestas por Unger (ver opus cit. pág. 95). Bufnoir, Cazelles, Challamel, Saleilles y demás traductores y anotadores de **Code Civil Allemand**, no menos informados que aquél, estiman que ella procede de la famosa construcción de Siegel sobre la obligación por la manifestación unilateral de voluntad, según la cual, por oposición a la doctrina de Kuntze, enseñó que el suscritor se obliga a favor del futuro portador acreedor eventual e indeterminado, antes de la posesión tomada por éste, en virtud de su sola palabra, o sea de su firma. (ver autores y opus cits. nota al Tít. XXII, pág. 334).

Mas donde el lector encontrará una exposición más profundizada de las ideas de Siegel es bajo el Nº 275, pág. 309 del **Etude de la Théorie Generale de L'Obligation** de Saleilles, quien repitiendo la doctrina del teorizador alemán sostiene que la compañía que emit títulos al portador se obliga a pagarlos antes de haberlo negociado, de suerte que su obligación existe independientement de su venta al primer tomador. Al crear el título, el subscriptor ha dispuesto por sí mismo de un elemento de su patrimonio, como lo haría un testador que, por su testamento, dispone de su fortuna, y realiza así un acto jurídico dotado de valor propio, independientemente de todo acuerdo de voluntades. Verdad es —agrega nuestro autor— que su eficacia se halla subordinada a la aceptación del legatario, porque nadie puede ser heredero contra su voluntad, pero esta aceptación no transforma en contrato la disposición testamentaria que ya existe por sí misma, y en igual medida la toma de posesión del título por el portador tampoco transforma en contrato el efecto propio de la creación del título, existente por sí mismo. Kuntze había enseñado lo contrario o sea la necesidad de la toma de posesión del título como requisito del nacimiento del correspondiente crédito. Según esta concepción contractualista de la obligación, bastaría una toma de posesión del título, aunque sea irregular, de suerte que el título, una vez creado, pero robado al emisor antes de ser lanzado al público, constituiría un título válido, conclusión que, por cierto, fue rechazada por Eccius y Stobbe.

Mas como q u i e r a que según Siegel, promotor de la I d e a de una o b l i g a c i ó n resultante de una voluntad unilateral, según la cual el subscriptor se obliga por su sola firma puesta al pie del título, se debió llegar a la conclusión inevitable de que el título robado al subscriptor antes de ser puesto en circulación, pero después de su creación, es un título que obliga por la sola razón de la firma de quien lo suscribe, y aun en el caso de tratarse de un título perdido o extraviado. Es, dice Saleilles, el resultado extremo de la teoría que hace derivar el crédito de la pura creación del título (**Kreationtheorie**) por oposición a aquella que vincula el crédito a un contrato concluído con el primer tomador, o bien con cualquier portador del título (**Vertragstheorie**).

Glosando Bevilaqua el art. 1505 del C. Civil brasileño, inspirado en idéntica fuente que el artículo sub examen, presta su entera adhesión a la doctrina expuesta por Saleilles (ver opus cit. t. 5, Nº 4, pág. 262).

En cambio, y de los tratadistas alemanes más difundidos en nuestro idioma, Ennecerus, inspirado a lo que parece en las obras de Jacobi, Gierke, H. Meyer, Manigk, Schwerin, Cosack-Mitteis, etc., cuya autoridad invoca, disiente de la doctrina de la **teoría de la emisión** que él atribuye a Stobbé, y no a S i e g e l, y se inclina a reconocer mayor fundamento a la **teoría de la creación** de Kuntze y Cosack, según la cual la vinculación del suscriptor sólo surte efecto a favor de aquel que de alguna manera, cualquiera sea ésta, adquiere la propiedad u otro derecho de disposición sobre el título. Reconoce Ennecerus que la teoría de la emisión es la que acabó por imponerse al tiempo de la sanción del Código alemán. (ver autor y opus cit. vol. II, parág. 205, pág. 534 y ss.).

Viniendo al artículo sub examen, debemos explicar que subordinándose por el art. 793 del C. alemán el derecho del tenedor a reclamar la prestación a la condición de que tenga derecho a disponer de él; que el 1505 del C. brasileño lo somete a idéntico requisito, al estatuir que: "O **detentor de um título ao portador, quando delle autorizado a dispor, pode reclamar** etc."; y por el art. 846 parág. 2º del C. Federal suizo de las Obligaciones se faculta al subscriptor del título a no pagarlo "**cuando las autoridades judiciales o de policía se lo han prohibido**", hemos agregado al primer parágrafo la frase incidental que dice: "**a menos que por auto motivado de juez competente se le haya ordenado (al subscriptor) la suspensión del reembolso**", medida que podría parecer contradictoria con la naturaleza del título al portador, en cuanto constituye una obligación creada por la voluntad unilateral del subscriptor a favor del último tenedor, sin consideración a la relación contractual entre él y el primer tomador y con prescindencia de todos los precedentes poseedores. Ocurriendo, empero, que este derecho excepcional conferido al último tenedor se funda en la presunción de ser él su legítimo propietario, sin necesidad de justificar que lo hubo por tradición de su anterior poseedor, salvo que el subscriptor sepa que él no tiene el derecho de disponer de dicho título, o haya recibido notificación de su pérdida, robo o destrucción, como expresamente lo preceptúa el parág. 2º del art. 720 del Código Civil de la República de China, porque, si no obstante, paga, se expondría a pagar segunda vez más tarde cuando se establezca qde el portador sospechoso no era legítimo (ver Schneider y Fick, opus cit. t. II, nota 18, pág. 442).

La ley no puede autorizar al subscriptor a pagar los títulos por él emitidos a sabiendas de que son robados o perdidos.

Lo que sigue del artículo sub examen tampoco es novedad de nuestra cosecha, sino trasiego del parág. 2º del art. 2º del art. 793 del C. alemán, por el que se estatuye que el subscritor se libera, sin embargo, "**si hiciere el pago a un portador no autorizado**", porque la posesión del título crea la presunción de que al portador le compete su propiedad. Claro está que la ley otorga en primer lugar al acreedor la legitimación de la posesión del título. El portador sólo tiene que demostrar su posesión. El que le niegue su derecho, debe probarlo. Por tanto, dice Ennecerus, el deudor sólo puede negarse con éxito al pago si puede probar que el portador no tiene el derecho material de disposición, por ejemplo, que ha adquirido de mala fe de un no titular o que lo tenía para su cobro o en concepto de prenda, pero que se ha pagado el crédito pignoraticio (opus cit. vol. II, parág. 207, III — 1, pág. 544).

Butnoir, Cazelles y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, observan que aun siendo equitativa esta disposición puede afectar el crédito de los títulos al portador por una doble amenaza en sentido contrario:

1º) ¿Se obliga al portador a suministrar al subscriptor la prueba de la legitimidad de su posesión? En otros términos, ¿estaría el subscriptor autorizado, sin otra prueba a su cargo, a negar el pago en tanto el portador no justifique su derecho? Si así fuese, se destituiría de todo crédito los títulos al portador y se suprimiría su función histórica y económica. Ante estas consideraciones, la segunda Comisión revisora del proyecto del C. alemán admitió que el portador no está obligado a producir prueba alguna. Es a cargo del subscriptor que se niega al pago la prueba de la falta de derechos del portador.

2º) A la inversa: ¿el subscriptor está siempre obligado a investigar el derecho del portador? Equivaldría ésto a suprimir una de las principales ventajas de la concepción práctica de los títulos al portador, los cuales, son, según la expresión alemana: "**títulos de legitimación**", es decir, emitidos por el subscriptor con la intención formal de desembarazarse por anticipado del cuidado de verificar, al vencimiento del título, la legitimidad del portador que se presenta a reclamar la prestación. Tal es la razón por la cual el Código libera al subscriptor por el pago efectuado a un portador carente del derecho de disposición. (ver autores y opus cits. t. II, Nº IV, pág. 339).

Finalmente estatuye nuestro artículo en examen que "**La validez de la firma podrá someterse a la observancia de una formalidad particular, mediante una disposición inserta en el título, si fuere estampada por reproducción mecánica**", tal como lo preceptúa el parág. 3º del art. 793 del C. alemán, porque utilizándose, por lo común, los títulos al portador, para levantar empréstitos de sumas considerables sólo obtenidos por suscripción pública, deben ser emitidos en miles de ejemplares, como acontece con la emisión de los billetes de Banco. Si la ley exigiera que en tales casos debiese el subscriptor estampar al pie de ellos su firma autógrafa, podría trabarse su lanzamiento a la circulación. Viene de aquí la admisión de la reproducción litográfica de la firma del emisor, mediante una disposición expresa inserta en el título o mención de expedición que los alemanes llaman: "**Ausferigungsvermerke**", sin perjuicio de otras medidas enderezadas a evitar falsificaciones.

Art. 2229. — La transferencia del título al portador se perfecciona por su entrega al tomador, y su firmante estará obligado, aun cuando

haya sido robado o pérdido, o haya entrado de cualquier modo en circulación contra su voluntad.

Para la eficacia de la obligación al portador será indiferente que el título haya entrado en circulación antes o después de la muerte o de la incapacidad del subscriptor.

Ver: art. 2003 parág. 1º C. italiano; 794 C. alemán; 1506 C. brasileño; 1803 C. peruano; 721 C. Civil de la República de China.

La primera parte de nuestro artículo relativa al desplazamiento del título, procede del art. 2003 del Código italiano, ausente en los otros Códigos, sin embargo de ser indispensable, como ley de circulación del tipo singular de los títulos de crédito al portador, fundada en el presupuesto de que el título de crédito es bien mueble, cualquiera sea el valor que en él se encierre. La ley de circulación es la de la riqueza mobiliaria.

La emisión del título supone un negocio subyacente. De igual modo, su circulación supone también un negocio de igual índole, el cual puede ser traslativo, porque, como enseña Messineo, un título no se desplaza de un patrimonio a otro, sin una razón técnico-jurídica, por ejemplo, porque se lo ha vendido o donado, o dado en comodato, o en mutuo. La traslación puede tener lugar sin mediar un negocio, como en los casos de sucesión por causa de muerte, o de hallazgo del título.

Tratándose de una letra de cambio, tiene lugar su traslación porque el endosatario ha vendido mercaderías al endosante. Si se trata de un cheque bancario a la orden ya emitido, se lo entrega y endosa porque al endosatario se le debe una suma de dinero, a título de restitución de un mutuo hecho por él. Si se trata de acciones nominativas de una sociedad, ya emitidas, se las entrega al comprador porque se las ha vendido o permutado.

La ley de circulación, dice nuestro autor, es el aparato **cartular**; pero siempre debe llegarse a la causa de la transferencia del derecho sobre el título para establecer sus efectos entre el **tradans** y el adquirente (t. VI, parág. 164 bis, Nº 14, pág. 250 y ss.).

El primer apartado de nuestro artículo subordina la transferencia del título a su tradición.

Lo que sigue, trasiego del ar. 794 del C. alemás, ha sido admitido no sólo en consideración a las exigencias doctrinales de la **Kreationstheorie**, sino también de las necesidades de la práctica. Explicando Saleilles esta singular protección al propio ladrón del título, a favor del cual Ihering admitió interdictos posesorios, enseña que dado el principio según el cual el que crea y firma el título queda obligado por su firma, la promesa unilateral así hecha no es la de una oferta condicionada a la mantenencia de la voluntad del prometiente hasta la aceptación del acreedor, sino una obligación ya constituída y, por consiguiente, subsistente aun después de su retractación. Viene de aquí por fuerza, sin admitirse discusión alguna, que el título robado a la compañía antes de su emisión, pero después de su creación, obligue al subscriptor, e igualmente si se trata de un título extraviado o perdido. El título es vendido y circula, sin que los terceros sean advertidos de su origen irregular. Importa a la seguridad del comercio que la compañía deba pagar el título. Este resultado extremo de la teoría de Siegel fue aceptado por una sentencia de la alta Corte de Comercio sajón de 1875 y por el art. 1045 del Código sajón, según el cual el suscritor no es admitido a oponer al portador las excepción fundadas en el modo de adquisición del título, de donde se infiere que aun el título robado antes de su emisión obliga al subscriptor. (ver: Saleilles, Oblig. Nº 276, pág. 311).

Mas estatuyendo el art. 1506 del C. brasileño que: "**La obligación del emisor subsiste, aun cuando el título haya entrado en la circulación contra su voluntad**", precepto que según Bevilaqua se inspira en el art 796 del C. alemán — en lo que discentimos, pues, en substancia consagra la regla del art. 794 del mismo Código, se funda en la equiparación de los títulos al portador a la moneda, porque valen por sí, y porque en sí mismo contienen la obligación en su plenitud (ver autor y opus cits. t. V, pág. 264), mereció la atinada observación de Pontes de Miranda sobre la necesidad de interpretarlo en su íntima relación con el art. 1507 del mismo Código, según el cual: "**Al portador de buena fe, el subscriptor o el emisor no podrá oponer otra defensa que la que se funda en la nulidad interna o externa del título, o en el derecho personal del emisor, o subscriptor, contra el portador**", tal como en parecidos términos lo preceptúa el art. 796 del C. alemán, disposición de la que pasemos a ocuparnos. (ver Pontes de Miranda, opus cit. Nº 73 pág. 286).

El **in fine** del artículo **sub examen**, por el que se estatuye que para la eficacia del título al portador es indiferente que haya entrado en circulación antes o después de la muerte o de la incapacidad del subscriptor, excusa al portador de la prueba de que el título fue lanzado a la circulación por el mismo que lo suscribe. Bien ha podido adquirirlo de otro que el primer tomador.

Art. 2230. — El subscriptor de una obligación no puede oponer al portador de buena fe de la deuda así subscripta sino los medios de defensa referentes a la nulidad de la creación del título o del contenido especial del título, o que pertenezcan al subscriptor en relación al portador.

Ver: arts. 796 C. alemán; 847 C. Federal suizo de las obligaciones; 1507 C. brasileño; 1804 C. peruano; 722 del C. Civil de la República de China.

Encarnando por sí mismo el título la deuda y circulando igualmente por sí mismo, confiere a cada portador un derecho de crédito independiente del derecho de sus predecesores. De esta suerte, la deuda descansa en el título, sin que se pueda hablar de una transmisióón de obligación. Por consiguiente, el subscriptor no puede invocar frente al portador de buena fe, se entiende, una excepción por el solo hecho de que ésta tuviera fundamento contra el poseedor anterior. Viene de aquí la limitación de las objeciones y excepciones admisibles frente al portador. Pero esta limitación, dice Ennecerus, sólo debe alcanzar hasta el punto que exige la protección de la confianza en la apariencia del derecho. Consiguientemente tienen que admitirse todas las objeciones que resultan del contenido del título, todas las objeciones respecto a las cuales el portador no puede escudarse en la apariencia del derecho, porque conoce los hechos, y finalmente las objeciones que afectan a la validez de la declaración de obligación en el documento (autor y opus cits. vol. II. parág. 207, — IV, pág. 545; y **Code Civil Allemand**, versión francesa de Bufnoir, Cazolles, Drioux, Saleilles etc., nota al art. 796, pág. 344).

La fuente de nuestro artículo no califica al portador del título a quien el subscriptor puede oponer sus defensas. No exige que sea de buena fe. Mas el art. 1507 del C. brasileño y el 1804 del C. peruano, con buen acuerdo, limitan las excepciones sólo contra el portador de buena fe, de suerte que siendo así y por aplicación del argumento **a contrario sensu**, deben permitirse todas las defensas contra el portador de mala fe, tal como el propio Dernburg lo enseñó (ver: **Das burgerliche Recht des Deutschen un Preussens**, vol. II, part. 1ª, parág. 147, pág. 382, cit. por Pontes de Miranda, in opus cit. Nº 78, nota 1, pág. 287).

Así, de mala fe sería el portador que a sabiendas lo adquirió de un ladrón del título, u otro sucesor del ladrón que también sabía que el título fue puesto en circulación contra la voluntad del subscriptor.

El art. 793 del C. alemán, limita el derecho del portador al estatuir que podrá reclamar del subscriptor la prestación en la medida de la promesa, "a no ser que no tenga derecho a disponer del título", como ocurriría si al subscriptor que no emitió el título y a quien se lo hubiesen robado, le requiriese al pago, como portador, el propio ladrón del título. Supuesto es éste en el cual la presentación del título no vale por aceptación de la promesa, primitivamente unilateral del subscriptor. El dolo, dice Pontes de Miranda, vicia la voluntad y es causa de nulidad del acto (opus cit. pág. 288). En este caso, la excepción de dolo es admitida (ver Planck, pág. 556; In Code Civil Allemand, versión y nota de Bufnoir, Cazelles, etc., t. II, pág. 346 y Saleilles, opus cit. pág, 325 y nota pág. 326).
Las excepciones fundades en la nulidad del título son, según la doctrina y la jurisprudencia suiza y alemana:
a) la excepción de la falsedad del título, resultante de la falsificación de la firma o de la alteración del contenido del acto, posterior a su redacción.
b) La excepción de incapacidad del subscriptor al tiempo de la creacción del título.
c) La excepción fundada en el hecho de haber perdido el acto toda su fuerza o de haber sido afectado por una orden judicial de suspensión de su reembolso.
Excepciones fundadas en el propio título:
a) Inexigibilidad fundada en el propio texto del título, como por ejemplo la fijación de un término a su vencimiento.
b) Condición no cumplida, siquiera prevista en el título.
c) Excepción fundada sobre una obligación agregada al título, la cual puede ser invocada cuando el título es una condición para la prestación prometida.
Es dudoso que las excepciones fundadas en los vicios de la voluntad: error, dolo y violencia, puedan ser opuestas.
La excepción fundada en la prescripción de 10 años es admitida, aun cuando las fuentes de nuestro artículo no la mencionen.
La excepción fundada en el hecho de haberse lanzado a la circulación los títulos contra la voluntad del subscriptor es inadmisible.
Tampoco son admisibles las excepciones fundadas en la persona del portador precedente o del portador que presenta el título, y la excepción de compensación. (ver: Schneider y Fick, t. II, nota al art. 847 del Código Federal suizo de las Obligaciones, pág. 444 y ss.).

Art. 2231. — El subscriptor no estará obligado a efectuar la prestación sino contra la entrega del título, salvo que éste haya sido anulado por sentencia de juez competente. Por la entrega del título, el subscriptor adquirirá la propiedad del documento aun cuando el portador no hubiese tenido derecho a disponer de él.

Ver: art. 797 C. alemán; 848 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1508 C. brasileño; 1805 C. peruano; 723 C. Civil de la República de China.
El portador del título, dice Ihering, se halla en la misma posición jurídica que el llamado a la herencia en relación a la masa hereditaria. Ambos tienen derecho a adquirir, por su presentación o por aceptación (In Pontes de Miranda, opus cit. Nº 100, pág. 364). Y lo que vale en la vida circulatoria del título —agrega éste— es su posesión con la promesa, porque con la posesión se tiene el derecho de presentarlo y con la promesa el subscriptor de efectuar la prestación a la presentación del título y su derecho a adquirir ministerio legis por el pago la propiedad del título, aun cuando el portador no quiera transmitirlo o no tenga derecho a disponer de él. Siendo así, un tercero titular anterior no podrá reivindicar el documento (ver: Enneccerus, opus cit. vol. II, parág. 207, V), pág. 546).
El art. 797 del C. alemán no expresa que el subscriptor no estará obligado al pago contra presentación del título si él ha sido anulado, como lo preceptúan los arts. 848 del C. Federal suizo de las Obligaciones; el 1508 del C. brasileño y el 1805 del C. peruano, acaso por su ociosidad. Nosotros, empero, juzgamos conveniente admitir esta salvedad, para distinguir la mera **suspensión** del pago, de su **denegación** por anulación del título dictada por juez competente. Natural es que en tanto la sentencia no haya sido dictada o el juicio no haya terminado, deberá el subscriptor pagar al portador que le presente el título, a menos que también por decisión judicial se haya ordenado, como medida precautoria la **suspensión** del pago.

Art. 2232. — Si por consecuencia del deterioro o desfiguración, no estuviese la obligación subscripta al portador en condiciones de circulación, podrá el portador exigir, del subscriptor, en la medida en que su contenido esencial y sus caracteres distintivos sean reconocibles con certidumbre, la entrega de un nuevo título al portador contra entrega material del deteriorado o desfigurado, debiendo soportar y adelantar los gastos.

Ver: arts. 798 C. alemán; 2005 C. italiano; 724 C. de la República de China.
Provee el art. 799 del C. alemán que si el contenido esencial y los caractares distintivos del título al portador no fuesen reconocibles, —lo que supone su destrucción o desaparición— puede ser declarado caduco por demanda judicial publicada, e intimación al detentador para que se haga conocer, y la sentencia de exclusión, de acuerdo a los arts. 837 y ss., del Código alemán de Procedimientos. (Ver: Meulenaere, Code Civil Allemand, nota 1 al art. 799; Bufnoir, Cazelles, Saleilles etc., Code Civil Allemand, t. II, nota al art. 799, pág. 348).
Esta decisión es la que pasamos a examinar en el artículo siguiente

Art. 2233. — La persona, injustamente desposeída de títulos al portador, por hurto, extravío o destrucción, podrá impedir, mediante intervención judicial, que el subscriptor pague al detentador el importe del capital o sus intereses.

Si citado el detentador de los títulos no apareciere a darse a conocer, podrá el juez declararlos caducos y ordenar al subscriptor la entrega de una nueva obligación al portador en lugar del que haya caducado.

Ver: art. 1509 C. brasileño; 799 y 800 C. alemán; 2007 C. italiano; 849-856 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1806 C. peruano; 725 y 726 C. Civil de la República de China.

El presente artículo se limita a establecer providencias para impedir el pago y anular el título injustamente substraído al propietario. Las formalidades para lograr estos resultados pertenecen al Derecho procesal.
Las medidas estatuídas no impiden las de orden policial contra el ladrón que sustrajo los títulos.
De acuerdo con los arts. 850 a 856 del C. Federal suizo de las obligaciones, debe el demandante, propietario del o de los títulos, probar:
Que era poseedor del título y que lo ha perdido; si sólo ha perdido los cupones de renta, no tendría por qué demandar la anulación del título.
Si el juez admitiese por bien probados estos extremos, deberá intimar por edictos al detentador desconocido para que justifique su título dentro de tres años por lo menos, computados desde la primera publicación del edicto, bajo apercibimiento de que no presentándose se anulará el título.
A solicitud del propietario del título, podrá el juez prohibir al subscriptor que pague su monto, bajo pena de pagarlo dos veces.
Los edictos deben ser publicados tres veces en la Gaceta oficial, sin perjuicio de otras medidas de publicidad que creyera conveniente.
Si a raíz de los edictos aparece el título perdido, el Juez fija al actor un plazo prudencial para verificar su autenticidad y formular las conclusiones que considera convenientes, sobre todo para obtener medidas provisionales con mira a un juicio por reivindicación o de un proceso penal.
Si vencido el plazo, el actor no promueve la reivindicación del título o no acusa criminalmente a la persona que haya presentado el título, el juez ordenará que el título le sea restituido a éste, revocará la prohibición de pagar y rechazará la demanda de anulación.
Si, por el contrario, vencido que sea el término de los edictos no apareciese el título, podrá el juez pronunciar su anulación, y si hubiere lugar, podrá dictar otras medidas.
La sentencia de anulación del título debe ser publicada en la Gaceta Oficial, y el que haya obtenido esta sentencia, podrá pedir que a sus expensas se le entregue un título nuevo, y si el título ha vencido, que se la pague su importe.

Art. 2234. — Si el título fuese nominativo pero con la cláusula de poder ser pagado al portador, el subscriptor se liberará por el pago efectuado al portador del título. Mas éste no tendrá derecho a exigir la prestación.

Ver: art. 808 C. alemán; 1510 C. brasileño.
Nuestro artículo, como su fuente, se ocupa de unos títulos especiales a los cuales Brunner, autor de la teoría respectiva, dió en llamar **títulos de legitimación (Legitimationspapiere)**, por aun emitidos, como son, a nombre de un acreedor determinado, llevan la reserva expresa del subscriptor de poder pagarlo al portador, sin preocuparse de la legitimidad de su derecho, o bien cuando el título es emitido con la fórmula alternativa de la Edad Media: "pagadero a Fulano de Tal o al portador". Títulos de esta clase son de uso corriente en Alemania. Así, puede un Banco otorgar un recibo de cierta suma por el que se obligue a pagar disyuntivamente a una persona dada o al portador. En las mismas condiciones se emiten pólizas de seguro, recibos postales, libretas de caja de ahorro, ciertos reconocimientos de préstamos prendarios etc. Tales documentos no son títulos al portador, de los que difiere en que si el subscriptor tiene derecho a pagarlo al poratdor, éste o lo tiene para exigir el pago. Esta es la razón por la cual no le son aplicables, en principio, las disposiciones de este Título, y especialmente las que disciplinan la adquisición y transmisión de los títulos al portador, substituídas en este caso, por los preceptos de la cesión de créditos.

Art. 2235 — Es nulo el título cuyo subscriptor o emisor se obligue a pagarlo al portador, sin previa autorización por ley del Congreso, salvo los emitidos por el Estado o los Municipios en razón de empréstitos públicos legalmente autorizados. Los billetes de Banco y otros títulos al portador análogos emitidos en gran cantidad, por un valor determinado, y pagaderos al portador, no pueden ser objeto, en caso de injusta desposesión, hurto, extravío o destrucción, de la declaración de caducidad establecido por el parágrafo segundo del art. 2233.

Sobre el parág. 1º ver: art. 795 C. alemán; 1511 C. brasileño; 2004 C. italiano.
Esta aparente limitación de la libertad de contratar consulta el interés público comprometido en la circulación de los títulos al portador que, por su naturaleza, están prácticamente equiparados al billete de Banco, sólo emitidos por el Estado o por el Banco de Estado de acuerdo con el volumen de la producción.
Sobre la segunda parte, ver el art. 858 del C. Federal suizo de las obligaciones.

CAPITULO III

De los títulos a la orden

Art 2236 — El poseedor de un título a la orden inviste poder legítimo para ejercer el derecho en él referido fundado en una serie continuada de endosos.

Ver: art. 2008 C. italiano; 740 de nuestro C. de comercio.
El título a la orden (billet a ordre, francés) es otra figura del Derecho de crédito que, por oposición a los títulos al portador, lleva el nombre de primer tomador, sujeto determinado, y además la cláusula "a la orden"

siquiera también haya títulos, como la letra de cambio, cheque circular, vale bancario etc., que por ser constitucionalmente a la orden, se la sobreentiende en ellos.
La circulación de tales títulos tiene lugar por **endoso** o también por **cesión**. Más el medio característico de su circulación es el endoso, forma peculiar de transferencia de la propiedad de la letra sea por la simple firma del endosante (endoso en blanco), o precedida del nombre del endosatario con la frase sacramental de: **Páguese a la orden de Zutano de Tal** (endoso pleno).

El endoso, dice Messineo: es un negocio **cartular** (solemne), **unilateral** y **abstracto**, contentivo de una orden de pago emanada del primer tomador o de un precedente endosatario, por todo lo cual es su función principal la de transferir al endosatario la legitimidad del derecho a cobrar la suma o importe del título.
Debiendo llevar necesariamente la firma del endosante, el endoso constituye además el índice de su procedencia mediata o inmediata (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 164 bis, Nº 17—B, pág. 201).
Viene de aquí que el título a la orden revista la mayor parte de los caracteres de la letra de cambio, razón por la cual se puede decir que en general ambas figuras del Derecho se rigen por las mismas reglas, salvo escasas diferencias, tal como los compiladores del Código francés de comercio lo han establecido por sus arts. 185 a 189.

Estas diferencias, de acuerdo con el Código francés de comercio anterior, son dos, según lo destaca Bravard—Veyrieres:

1º La letra de cambio implica la remisión de dinero de una plaza a otra (singularidad suprimida por la legislación cambiaria uniforme aprobada en la Convención de Ginebra del 7 de junio de 1930), de suerte que siendo así no es pagadera en el mismo lugar donde fue creada; al paso que el título a la orden, por el contrario, puede ser pagado en el mismo lugar donde fue subscripto.
2º La letra de cambio debe indicar, por lo menos, tres personas: Primus da mandato a Secundus de pagar en manos de Tertius o del cesionario de éste. En el título a la orden, el subscriptor no da mandato a nadie de pagar en manos de una tercera persona, sino que se obliga a hacerlo por sí mismo. Basta en él la indicación de dos personas. Y dado que es el propio subscriptor el que se obliga a pagar, no se suscita respecto del título a la orden, como ocurre en relación a la letra de cambio, la cuestión de la **aceptación** en provecho del portador.

El portador de la letra de cambio tiene interés en reclamar la aceptación del que debe pagarla o sea del girado, porque éste como tal, no se ha obligado a su respecto; mientras que el subscriptor de un título a la orden queda desde el principio, en su sola cualidad de subscriptor, obligado a favor del beneficiario. En consecuencia, no puede haber cuestión de provisión en materia de títulos a la orden: porque la provisión supone que una persona, que ha recibido de otra el mandato de efectuar un pago, ha recibido, al mismo tiempo o más tarde, de su mandante un valor suficiente para cumplir el mandato. Como el título a la orden no implica mandato alguno, no se ve porqué la provisión sería necesaria.

Aclaradas estas diferencias, nuestro autor pasa a tratar de las normas rectoras de la letra de cambio aplicables a los títulos al portador, tal como lo preceptúan los arts. 185 a 189 del actual Código de comercio francés, precepto que el Código italiano de 1942 no ha reproducido literalmente, acaso porque el principio de la aplicación analógica haya parecido suficiente a sus compiladores.

No obstante, nosotros seguiremos en esta materia la lección de Bravard—Veyrieres sólo a título informativo:
1º **Forma del título a la orden.** Como siguiendo a Messineo ya lo hemos hecho notar el título a la orden es un acto solemne por su forma, porque debe ser escrito y contentivo de ciertas enunciaciones, en defecto de las cuales sería una **simple promesa**. Desde este punto de vista el título a la orden se rige por la ley del lugar de su subscripción, y no por la ley del lugar del pago.

El título a la orden debe indicar dos personas: la que promete pagar y la otra a cuya orden se hará el pago. Si se lo emite por instrumento privado, como es lo corriente, será esencial la firma del subscriptor. Si es por acto notarial, será menester observar los requisitos de los instrumentos públicos: nombre y apellido del obligado, calidad y domicilio etc. Debe, además, indicar la suma que se promete pagar, o sea la prestación a cargo del subscriptor, sin necesidad de expresar el valor suministrado, o sea la causa de la obligación, como en Derecho francés; porque el título al portador de nuestro Derecho es un acto aparentemente abstracto.
El título al portador debe ser datado e indicar la fecha de su vencimiento o sea de su exigibilidad. Debe contener esencialmente la cláusula "a la orden" mediante la cual puede transferírselo **erga omnes** por el simple endoso.
Cuanto a las condiciones fiscales a que el título a la orden se halla sometido, remitimos al lector a Ley de Sellos.

2º **Del endoso.** El endoso debe ser datado. Su antidata configura el delito de falsedad. Puede tener lugar antes del vencimiento de la letra. Mediante el endoso la propiedad del título queda transferida de una manera irrevocable y absoluta. A diferencia de un cesionario común, el endosatario deviene acreedor directo del subscriptor, sin tener que temer excepción alguna de parte de los endosantes anteriores. Por oposición al cedente, el endosante es, de pleno derecho y sin necesidad de una cláusula particular, garante no sólo de la existencia del título, sino también de su pago efectivo a su vencimiento.

3º **Del vencimiento.** Las reglas relativas al vencimiento de la letra de cambio son aplicables al título al portador, el cual debe expresar la fecha en que el pago debe efectuarse, pero sin que el pago pueda subordinarse al cumplimiento de una condición, ni a un término incierto, porque de otro modo la letra a la orden no reemplazaría a la moneda. Si el título es pagadero a cierto plazo vista, debe ser presentado para la vista del subscriptor en el plazo fijado dentro de un año desde su fecha. El plazo corre desde la fecha de la vista firmada por el subscriptor en el mismo título. Si éste se negase a firmar, se formalizará el correspondiente protesto.

4º **Del aval.** Un tercero puede dar su aval en garantía de las obligaciones resultentes del título a la orden, sea la obligación del subscriptor, sea la del endosante.
5º **Del pago.** Los preceptos que rigen el pago de la letra de cambio deben aplicarse al pago del título a la orden. El portador no puede ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento de la letra.
6º **Del pago por intervención.** Entendemos que las disposiciones relativas al pago por intervención de las letras de cambio son igualmente aplicables al pago de las obligaciones emergentes del título a la orden, de suerte que siendo así, será menester que el título no haya sido pagado por el subscriptor a su vencimiento, que el portador lo haya protestado y que el interventor haga constar el pago en el mismo acto del protesto o seguidamente a este acto. La intervención no puede tener lugar sino de parte de un tercero. Siendo así, el subscriptor, menos que el aceptante de una letra de cambio, podría pagar por intervención. El tercero puede intervenir sea por el subscriptor, o por el endosante. Siendo varios los interventores, será preferido aquél que por su pago realice la mayor liberación, por ejmplo, el que quiera pagar por el subscriptor.
7º **Derechos y deberes del portador.** Salvo las normas relativas a la aceptación de la letra de cambio y a la distinción de los casos en que hay o no hay provisión de fondos, las demás son aplicables a los títulos a la orden. El portador que ha protestado la letra, puede embargar los bienes del subscriptor, endosantes y avelistas (ver autor y opus cit. t. III, págs. 523 a 543; Alauzet, opus cit. t. IV, Nos. 1537 a 1550, pág. 415 y ss.; Pardessus, opus cit. t. I, Nos. 23 y 24, pág. 23 y ss.; y Nos. 479 a 482, pág. 566 y ss; Thaller, opus cit. Nos. 1236, pág. 756).

Art. 2237 — El endoso debe escribirse en el título y ser firmado por

el endosante. Es válido el endoso aun cuando no contega indicación del endosatario.
El endoso al portador vale como endoso en blanco.

Ver: art. 2009 C. Italiano. Indiferente es la omisión en el endoso del nombre del endosatario, beneficiario de la transferencia a su favor del título, quien queda implícitamente designado mediante la posesión del título. Tal es el endoso en blanco que produce efectos completos, a pesar de no estar individualizado por su nombre el endosatario, quien puede llenar con su nombre el endoso. Igual eficacia tiene el endoso al portador.

Art. 2238 — Cualquier condición puesta al endoso se tendrá por no escrita.
Es nulo el endoso parcial.

Ver: art. 2010 C. Italiano. Ya hemos dicho que substituyendo en su función económica a la moneda o al billete de Banco el título a la orden, no podría circular libremente si el endoso fuere condicionado, o sujeto a un término o un modus, porque consistiendo la condición en una restricción arbitraria de la voluntad, viciaría el endoso, razón por la cual el endoso condicionado se tiene como puro y simple.
En cambio, es nulo el **endoso parcial.**
Ya hemos dicho que el endoso del título a la orden es irrevocable, como el endoso de la letra de cambio.

Art. 2239 — El endoso transfiere todos los derechos inherentes al título.
Si el título es endosado en blanco, puede su poseedor llenarlo con su propio nombre o con el de otra persona, o bien endosarlo de nuevo o transmitirlo a un tercero sin llenar el endoso o sin extender uno nuevo.

Ver: art. 2011 C. italiano. Los derechos inherentes al título comprende los derechos accesorios, como los de transferirlos ulteriormente, las garantías, el aval etc.
El derecho adquirido por el endosatario es idéntico al del endosante. Es un derecho autónomo, en cuanto el deudor de la prestación no puede oponerle las excepciones personales que habría podido oponer al endosante, o también a los endosantes anteriores (ver: Messineo, t. VI, parág. 164 bis, Nº 7, pág. 241 y Nº 17, K y 1, pág. 264).

Art. 2240 — Salvo disposición diversa de la ley o cláusula contraria resultante del título, el endosante no está obligado por el incumplimiento de la prestación prometida por el emitente.

Ver: art. 2012 C. italiano. Es lo propio del derecho cartular relativo al título a la orden que el endosante no contraiga responsabilidad de regreso frente al endosatario por el eventual incumplimiento de la prestación por parte del obligado principal. Puede, sin embargo, asumir tal responsabilidad si así lo ha pactado al endosar la letra, o porque la ley le imponga tal obligación en vista de la particular naturaleza del título singular a la orden. Así, está obligado de regreso en la letra de cambio, en el pagaré bancario, en el cheque bancario y en el cheque circular (ver: Messineo, t. VI, parág. 164 bis Nº 17—B, n), pág. 265).

Art. 2241 — Si al endoso se le agrega una cláusula que importe mandato para cobrar, el endosatario podrá ejercer todos los derechos inherentes al título, pero no podrá endosarlo excepto con análoga cláusula de procuración.
El emitente puede oponer al endosatario por procuración sólo las excepciones que podría oponer al endosante.
La eficacia del endoso por procuración no cesa por la muerte o por la incapacidad sobreviniente del endosante.

Ver: art. 2013 C. italiano. El endoso con la cláusula "por poder" no es traslativo de la propiedad del título, en cuanto limita los poderes del endosatario a solo el cobro de la letra pero por cuenta del endosante y ejercer a estos fines todos los derechos inherentes al título. No podrá endosarlo sino con análoga cláusula de mandato, conforme con el principio de "Nemo plus alius iuris".
Dado que el endoso se hace con la cláusula ínsita en ella de mandato, ocioso es que el emitente no puede oponer al endosatario otras excepciones que las que puedan proceder contra el endosante, porque en este supuesto el derecho del endosatario no es autónomo, sino derivado.
Por la misma razón, la muerte o la incapacidad sobreviniente del endosante por poder no quita efectos al endoso mismo (ver Messineo, t. VI, parág. 164 bis, pág. 265).

Art. 2242 — Si por cláusula inserta en el endoso se expresase que importa constitución de prenda del título, el endosatario podrá ejercer todos los derechos inherentes al título, pero en el endoso hecho por él sólo valdrá como endoso por procuración.
El emitente no puede oponer al endosatario en garantía las excepciones fundadas en sus propias relaciones personales con el endosante, a menos

que el endosatario, al recibir el título, haya obrado intencionalmente en daño del emitente.

Ver: art. 2014 C. italiano. Enseña Messineo a este propósito que el endoso a título de prenda se tiene cuando la cláusula reza: "en garantía" (u otra equivalente), caso en el cual, el endosatario (acreedor pignoraticio) puede ejercer todos los derechos inherentes al título, pero en la medida necesaria para satisfacer su propio crédito, razón por la cual, el eventual endoso puesto por él sólo valdrá como endoso por poder.
En tal hipótesis no podrá el emitente oponer al endosante en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, salvo que el endosatario, al recibir el título, haya obrado intencionalmnte en daño del emitente.
La ley atribuye al endosatario—acreedor pignoraticio frente al deudor del título de crédito, — a diferencia del endosatario para el cobro — un derecho cartular autónomo, aunque tal endosatario derive del endosante, no un derecho pleno, sino un derecho limitado (ver autor y opus cits. t. VI, 1·4 bis pág. 266).

Art. 2243 — La adquisición de un título a la orden por medio diverso al endoso produce los efectos de la cesión.

Ver: art. 2015 C. italiano. Si la transferencia de los derechos inherentes al título tiene lugar por cesión el cesionario queda subrogado en todos los derechos del cedente, no como suma de derechos autónomos, sino como derechos derivados, de suerte que siendo así, la entrega del título es meramente anexo al acto de cesión, de suerte que siendo así, el deudor principal puede oponer al cesionario las excepciones personales que podría oponer al cedente.
La cesión supone, para que produzca efectos, la notificación al deudor cedido. El cedente sólo responde de la veritas nominis o sea de la existencia y legitimidad del crédito, pero no de la solvencia del deudor, como está dispuesto por nuestro art. 921, salvo pacto en contrario, caso en el cual se aplicará lo preceptuado por nuestro art. 923.

Art. 2244 — En caso de extravío, sustracción o destrucción del título, su poseedor puede denunciar el hecho al deudor y pedir al juez del lugar en que el título es pagadero la privación de su eficacia respecto de todos.
El escrito debe indicar los requisitos esenciales del título y, si se trata de título en blanco. los suficientes para identificarlo.
El juez, agotadas por los trámites de las excepciones dilatorias las diligencias de comprobación de la verdad de los hechos y del derecho del poseedor, privará por sentencia de su eficacia al título respecto de todos y autorizará su pago transcurrido treinta días desde la fecha de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial, siempre que no se haya formalizado oposición por el detentador. Si en la fecha de la publicación no estuviere vencido el título, el término para el pago corre desde la fecha del vencimiento.
La sentencia debe ser notificada al deudor y publicarse en el Diario Oficial á expensas del recurrente.
No obstante la demanda, el pago hecho al detentador, antes de la notificación de la sentencia, libera al deudor.

Ver: art. 2014 C. italiano. Procedimiento de "ammortamento", tal es el nombre con que en el Derecho cambiario italiano se designa al juicio a que se refiere el artículo sub examine. Sin correspondencia exacta en castellano la palabra italiana "ammortamento", ni siendo admisible que signifique lo que en nuestro idioma es su parónimo: "amortización", optamos, para traducirlo, por un circunloquio, diciendo: "privación de su eficacia respecto de todos", que es lo, que en substancia dice el vocablo italiano, para connotar la idea de la extinción de la circulación de título y, por otra parte, la tutela de la buena fe del mismo, por la extinción del nexo entre el derecho cartular y documento y su legitimación para el ejercicio del derecho ínsito en él, respecto de la posesión y la exhibición del documento extraviado, sustraído o destruído.)
El procedimiento así instuído permite ejercer el derecho fundado en el título independientemente de su exhibición, almismo tiempo que el título extraviado, sustraído o destruído, pierde su eficacia respecto de todos, cerrándose así su circulación cartular.
La privación por sentancia de la eficacia del título no atribuye al recurrente la titularidad del derecho cartular, sino más bien, dice Messineo, un subrogado de la legitimación, ya atribuída por la posesión del título; y por tanto, un nuevo instrumento de legitimación formal, con eficacia provisoria.
El procedimiento que nos ocupa no impide la determinación de la titularidad del derecho que nace del título cuestionado; pero hace perder al detentador, la legitimidad activa de los derechos ínsitos del título, sin perjudicar la titularidad que él haya podido adquirir con arreglo a la ley.
Siendo así, chocan dos exigencias opuestas:
En efecto, agrega nuestro autor, no es admisible que el título sea desconocido en su valor de promesa obligatoria, sin que quien lo posea sea puesto en situación de demostrar —si puede— que lo posee lure, y antes de que lo haga. Y no se excluye que quien afirma haberlo extraviado o que le ha sido sustraído o que se ha destruído, afirme una falsedad. De aquí dos posibles efectos: a) el derecho del tercero a la oposición y privación de eficacia del título respecto de todos; y b) el quedar a salvo los derechos del portador frente a quien obtenga la sentencia de privación de los efectos del título.
El procedimiento que nos ocupa se halla disciplinado por los artículos siguientes que examinaremos luego. Más, por lo estatuído en el artículo sub examine que en caso de extravío, sustracción o destrucción de un título a la orden, es facultativo del poseedor denunciar el hecho al deudor y pedir al juez del lugar en que el título es pagadero la privación por sentencia de la eficacia del título respecto de todos.

No estatuyendo nuestra ley de enjuiciamiento civil trámite especiales al juicio así iniciado, tendría que ventilárselo en el ordinario, por demanda y contestación, producción de pruebas y sentencia, todo lo cual supone largos y onerosos trámites que pueden durar años enteros, razón por la cual interpolamos en el texto de la fuente del presente artículo que el juicio será ventilado "por los trámites de las excepciones dilatorias", dada su naturaleza sumaria y corta duración.
El propietario del título promoverá su demanda de privación de su eficacia, dirigida contra el presunto detentador del título extraviado o perdido, a quien el juez citará por edictos para que comparezca a hacer valer sus derechos. La demanda indicará los requisitos esenciales del título, necesarios para su identificación o suficientes para identificarlo, si fuese de los emitidos o endosados en blanco.
Como enseña Messineo, la demanda no tiene, por sí, la eficacia de constituir en mala fe al deudor, ya que por disposición del artículo **sub examine**, no obstante la demanda, el pago hecho al detentador antes de la notificación de la sentencia, **libera** al deudor.
El juez, agotados que sean los trámites del juicio sumario así iniciado y producidas las pruebas de los hechos y del derecho del posedor del título, con audiencia del detentador citado, dictará sentencia asertiva de la verdad, por la que hará lugar a la demanda, o en caso contrario, la denegará. Ella será publicada en el Diario Oficial, a costa del recurrente, y notificada al deudor quien, siendo favorable la sentencia, quedará facultado a hacer el pago del título después de los treinta días computados desde la fecha de su publicación, o si el título no ha vencido, desde la fecha de su vencimiento (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 164 bis, Nº 21, pág. 278 y ss.).

Art. 2245 — La oposición del detentador debe formularse ante el juez de la causa en el término fijado por la ley de enjuiciamiento civil si fuere de domicilio conocido o de los edictos publicados para citarle en juicio. De la comparecencia del detentador se notificará al actor y al deudor del título, previo depósito del título en poder del Secretario actuario.
Si la oposición es rechazada, el título será entregado a quien haya obtenido la declaración de la privación de su eficacia respecto de todos.

Ver: art. 2017 C. italiano. Las diferencias que pueden notarse entre el presente artículo y su fuente, mira a acomodar la substanciación del juicio a los trámites de las excepciones dilatorias de nuestra ley de enjuiciamiento civil. Es de rigor que la comparecencia o aparición del detentador a ejercer derechos frente a las pretensiones del poseedor del título, sea notificada a éste y al deudor, previo depósito del título en Secretaría en poder del Actuario.
Si la oposición es rechazada, el título es entregado al actor, quien así podrá ejerecer su derecho al pago y si lo hubiese obtenido antes, el pago se convertirá en definitivo, con restitución de la caución prestada para obtenerlo.
Si, por el contrario, la oposición es acogida por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la demanda perderá toda su eficacia y el actor no tendrá derecho alguno contra el deudor. Si hubiese cobrado antes el valor del título, tendrá que restituirle lo que haya recibido (ver: Messineo, t. VI, parág. 164 bis pág. 280).

Art. 2246 — Durante el término establecido por el art. 2244, el recurrente puede realizar todos los actos enderezados a conservar sus derechos y, si el título está vencido o es pagadero a la vista, puede exigir su pago mediante caución o pedir el depósito judicial de la suma.

Ver: art. 2018 C. italiano, Messineo, opus cit. t. VI, parág. 164 bis, pág. 281).

Art. 2247 — Transcurrido el término indicado por el art. 2244, el título quedará destituido de toda eficacia, salvo los derechos del detentador frente a quien ha obtenido la sentencia.
El actor, munido de una copia fehaciente de la sentencia, puede exigir el pago.
Si el título es en blanco o no está vencido todavía, podrá obtener un duplicado.

Ver: art. 2019 C. italiano; Messineo, t. VI, parág. 164 bis, pág. 281.

Art. 2248 — Las normas de este Capítulo se aplican a los títulos a la orden regulados por leyes especiales, en cuanto éstas no dispongan otra cosa.

Ver: art. 2020 C. italiano.

CAPITULO IV

De los títulos nominativos

Art. 2249 — El poseedor de un título nominativo goza de legítima facultad de ejercer los derechos ínsitos en él por efecto de la intitulación

a su favor contenida en el título o de la inscripción del emitente en el registro.

Ver: art. 2021 C. italiano. Los títulos de acción de las sociedades por acciones de nuestro derecho, pueden ser nominativas o al portador, a elección del accionista, si el acto constitutivo no establece que deben ser nominativas, como lo estatuye el art. 1683 del presente Código. Más en Italia, por Decretos posteriores al Código de 1942 se dispuso que todas las acciones que eran al portador fuesen obligatoriamente transformadas en nominativas (Decreto-Ley del 25 de octubre de 1941, Nº 1148, convertido en ley de 10 de febrero de 1942) Por disposición de nuestro art. 1676 las acciones nominativas son las que llevan conexa la obligación de prestaciones accesorias, las cuales no son transferibles sin el consentimiento de los administradores.
El carácter nominativo de una acción no entraña prohibición de enajenarla, sino menor facilidad en su transferencia que las acciones al portador. Implica sí, un impedimento a conservar el incógnito de su poseedor, especialmente en relación al Fisco.
La titularidad de las acciones al portador se subordina a una intitulación escrita en el propio documento-acción y de su inscripción en el Registro de accionistas de la sociedad, condiciones ambas de la legitimación de los derechos del socio, salvo su derecho al dividendo que puede ejercerse contra la sola exhibición de una cédula, que es al portador.
En caso de discordancia entre la intitulación escrita en el título y lo que reza la inscrioción en el Registro, propende la doctrina a dar preferencia a lo que reza esta toma de razón.
Los títulos nominativos pueden transferirse por actos intervivos, como la venta, la donación, la permuta etc., y además por dos medios técnicos distintos y de diverso alcance: 1º por traslación mediante anotación del nombre del adquirente en la acción y en el libro de socios; y 2º mediante el libramiento de una acción nueva á nombre del nuevo titular, con anotación en el libro de socios. La acción subtituida debe entregarse a la sociedad y ser anulada. Para que el enajenante pueda obtener el libramiento de una nueva acción intitulada a favor del adquirente, debe probar su propia identidad y su propia capacidad de disponer (ver Messineo, t. V, parág. 152, Nº 18, a) pág. 401).

Art. 2250 — La transferencia del título nominativo se efectúa mediante la anotación del nombre del adquirente en el título y en el registro del emitente o mediante libramiento de un nuevo título intitulado a nombre del mismo, con anotación en el libro de registro.
El que pida que se otorgue el título a favor de otra persona o el libramiento de un nuevo título a nombre de ella, debe probar la propia identidad y la propia capacidad de disponer, mediante certificación de un Notario y Escribano Público. Si la intitución o el libramiento de un nuevo título es pedida por el adquirente, debe éste exhibir el título y evidenciar su derecho mediante acto auténtico.
Las anotaciones en el registro y en el título se hacen por el emitente y bajo su responsabilidad.
El emitente que realiza la transferencia por los modos indicados en el presente artículo, queda exento de responsabilidad, salvo caso de culpa.

Ver. art. 2022 C. italiano y nota al artículo anterior

Art. 2251 — Salvo disposición contraria de la ley, el título nominativo puede ser transferido también mediante endoso autenticado por un Notario y Escribano Público.
El endoso debe ser fechado y firmado por el endosante y contener la indicación del endosatario. Si el título no está enteramente librado, es necesaria también la firma del endosatario.
La transferencia mediante endoso no produce efecto respecto del emitente mientras no se haga anotación de ella en el registro. El endosatario que aparece como poseedor del título sobre la base de una serie continuada de endosos, tiene derecho a obtener la anotación de la transferencia en el registro del emitente.

Ver: art. 2023 C. italiano.

Art. 2252 — Ningún vínculo sobre el crédito produce efectos respecto del emitente y de los terceros, si no resulta de la correspondiente anotación en el título y en el registro.
Para la anotación se observará lo dispuesto en art. 2250.

Ver: art. 2024 C. italiano.

Art. 2253 — El que tenga el usufructo del crédito mencionado en un título nominativo, tiene derecho a obtener un título separado del título del propietario.

Ver: art. 2025 C. italiano. La constitución de derechos reales limitados, como la prenda y el usufructo sobre el crédito de un título nominativo confiere al acreedor pignoraticio y al usufructuario el derecho de pedir un título separado del título del deudor prendario o del nudo propietario (Messineo, t. V, parág. 152, pág. 405).

Art. 2254 — La constitución en prenda de un título nominativo puede hacerse también mediante entrega del título, endosado con la cláusula "en garantía" u otra equivalente.
El endosatario en garantía no puede transmitir a otro el título sino mediante endoso por procuración.

Ver: art. 2026 C. italiano.

Art 2255 — En caso de extravío, sustracción o destrucción del título, el titular o el endosatario del mismo puede hacer la denuncia al emitente y pedir la privación de su eficacia respecto de todos, como está dispuesto en el art. 2248.
En caso de extravío, sustracción o destrucción de acciones nominativas, durante el término establecido en el art. 2244, el recurrente puede ejercer los derechos inherentes a las acciones, salvo, en su caso, la prestación de una caución.
La privación de la eficacia del título produce la extinción del título, pero no perjudica los derechos del detentador respecto de quien ha obtenido el nuevo título.

Ver: art. 2027 C. italiano.

TITULO XLIX

DE LA LETRA DE CAMBIO

CAPITULO I

De la emisión y de la forma de la letra de cambio

Art. 2256 — La letra de cambio debe contener:
1º La denominación de "letra de cambio" inserta en el texto del título, expresada en el idioma en el cual éste se halla redactado (Wechsel, cambiale, etc.).
2º La orden incondicionada de pagar una suma determinada de dinero.
3º El nombre del que debe hacer el pago (girado, tiré).
4º La indicación del vencimiento del plazo del pago.
5º La indicación del lugar del pago.
6º El nombre de aquél a quien o a la orden de quien debe hacerse el pago.
7º La indicación de la fecha y lugar donde la letra ha sido emitida.
8º La firma del que emite la letra (librador).

Ver: art. 1º de la Convención de Ginebra de 7 de junio de 1930, hecha ejecutiva en Italia por R. D., del 29 de Agosto de 1932; 1º del R. D. italiano del 14 de diciembre de 1933, Nº 1669; 1º de la Ley brasileña Nº 2044 del 31 de diciembre de 1908; 1º del Anteproyecto de reformas al C. de Comercio argentino en lo relativo a la letra de cambio y a los títulos a la orden sobre la base de la legislación cambiaria uniforme dictada en Ginbra a 7 de junio de 1930, redactado por el doctor Mauricio L. Yadarola y presentado al Instituto Argentino de Estudios Legislativos; 722 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 599 de los Código paraguayo y argentino de comercio; 110 del C. francés de comercio, adaptado a las disposiciones de la Convención de Ginebra de acuerdo con el Decreto-Ley del 30 de octubre de 1935 y la ley de 4 de setiembre de 1947.
Ocioso es —por sabido— que la letra de cambio es un documento redactado con las formas legales que

contiene la orden de un sujeto (librador) que lo subscribe, dirigida a otro sujeto (librado o girado), de pagar una suma determinada de dinero a un tercero (tomador o beneficiario), o bien a un ulterior sujeto en virtud de orden del tomador; y así sucesivamente (Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 2, pág. 303; Pardessus, opus cit cit. t. I, Nº 330, pág. 419; Delamarre y Le Poitvin, t. V, Nº 263, pág. 443; Alauzet, t. IV, Nº 1227, pág. 15; Bravard-Veyrieres, t. III, pág. 30 y ss.; Lyon Cahen y Renault, t. IV, nº 24, pág. 19; Thaller, opus cit. Nº 1235, pág. 756; Obarrio, t. II, Nº 109, pág. 186; Segovia, t. II, nota 2021 al art. 598 del C. de comercio argentino, pág. 144; Malagarriga, t. IV, notas a los arts. 598 a 599 del C. de comercio argentino, págs. 43 a 85; Raymundo L. Fernández, t. III, págs. 169 a 192; Mario A. Rivarola; t, IV, vol. II, nº 1280 pág. 658 etc.) Al trasegar al presente Código las disposiciones con que el R. D. italiano del 25 de agosto de 1932 hizo otro tanto con la Convención de Ginebra de 7 de junio de 1930, creemos cumplir un deber elemental cual es el de incorporar el Paraguay al grupo de naciones que sancionaron, unas, aquella convención, o le prestaron, otras, su adhesión, ratificándola. Bien dice Yadarola que "Adherirse a la convención o adoptarla como ley nacional —puede afirmarse sin hipérbole— es casi una exigencia de la cultura jurídica contemporánea y de la vida económica del mundo civilizado (autor cit. El Derecho Cambiario Argentino y la Legislación Uniforme, Proyecto de Reforma, pág. 50).

Hoy día aquella convención es casi universal. La suscribieron Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Colombia, Dinamarca, Danzinc, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Perú, Polonia, Portugal, Suecia, Checoslovaquia, Turquía, Yugoslavia y Grecia, y fue ratificada por (Grecia (31 de agosto de 1931); Dinamarca, Noruega, Suecia (27 de julio de 1932); Holanda (20 de agosto); Suecia (26 de agosto), Austria, Bélgica, Finlandia, Italia, Japón (31 de agosto) (ver: Pontes de Miranda, Letra de Cambio nº 4, pág. 45).

Conocidos estos antecedentes, examinemos los requisitos formales de la letra de cambio.

1º La mención expresa en el título de que la letra es una letra de cambio, con la advertencia del artículo siguiente, según el cual la omisión de algunos de los requisitos indicados en el artículo anterior, invalida la letra, dice con harta claridad que la letra de cambio es un acto solemne. Por Derecho suizo no es necesaria la indicación, esencial según el C. de comercio francés anterior a la ley uniforme de la Convención de Ginebra, del contra-valor remitido por el librador y expresado por las locuciones: **"valor recibido en mercaderías"**, **"valor en cuenta"**, como tampoco lo es la indicación de la garantía dada por el librador, por ejemplo: **"valor en cuenta"** o **"valor entendido"** que, a tenor del art. 603 de nuestro C. de comercio, hacen responsable al tomador de la letra del importe de ella en favor del librador, para compensarlo o exigirlo en la forma y tiempo que hayan convenido. (ver: Scheider y Fick, t. II, nota 1, pág. 290).

Esencial es la expresión de que el título es una letra de cambio, también exigida por el Derecho cambiario alemán en oposición al Derecho francés anterior a la reforma, por el Derecho inglés, belga holandés, español, portugués, norte-americano, chileno, argentino y paraguayo, los cuales no exigen este requisito. La expresión **"letra de cambio"** puede ser empleada en medio de una frase. El Derecho suizo admite la sola palabra **"cambio"**, o bien **"única de cambio"**, **"primera de cambio"**, **"letra de cambio"** etc., pero se discute el valor de la indicación de **"delegación o asignación de cambio"**. Son insuficientes las palabras: **"única"**, **"sola"**, **"mandato"** etc., o la mención: **"pagadera según las reglas de cambio"**.

Antes de pasar adelante recalca Messineo la conveniencia de distinguir en la letra el momento de su **emisión** del momento de su **creación**, pues, según los incisos 7º y 8º del art. 1º de la Ley uniforme, se exige que en el texto de la letra se indique "la fecha y lugar donde la letra ha sido creada" y "la firma del que crea la letra", al paso que los mismos incisos del art. 1º de la Ley italiana del 25 de agosto de 1932 se refieren al "lugar donde la letra ha sido emitida" y "a la firma del que emitió la letra".

La distinción así establecida no es ociosa, sino antes al contrario, de mucha importancia. Refiriéndose a ella enseña Messineo que el momento de la **creación** de la letra consiste en la redacción material del título, comprendida, y de modo particular, la firma del librador y que no significa todavía voluntad de poner en circulación la letra, sino solamente predisposición de la misma, a los fines de la eventual y futura circulación; el arrepentimiento del subscriptor es siempre posible, hasta el momento en que ocurra el **acto de libramiento** (o entrega) al primer tomador.

Este acto de libramiento, agrega nuestro autor, realiza el momento ulterior, que es la **emisión**. Y a este respecto, son importantes los **eventuales vicios de la declaración cambiaria** del librador, contenida en el título emitido, de que se habla en el inc. 7º y de los cuales aquí se prescinde, suponiendo, por comodidad de exposición que no existan vicios de la declaración cambiaria del librador. Por efecto de la emisión, que tiene lugar respecto de un sujeto determinado, o sea, de un **concreto** primer tomador, se hace entrar en circulación la relación cambiaria, y se da expresión, forma y eficacia cartular (documental), a la **relación de valuta** (moneda). "Sin embargo, cuando la letra **destinada a la circulación**, la eficacia del derecho de crédito que nace de la orden del librador en ella contenida, debe entenderse no - limitada a la persona del primer tomador, sino a aquel poseedor **cualquiera** que presente el título al pago (o, antes, a la aceptación), como si la declaración cambiaria estuviese dirigida **a beneficio de persona indeterminada (in incertam personae)** (ver: Messineo, t. VI, parág. 165, 4-A, pág. 309.

Pontes de Miranda aún reconociendo que el acto de creación de la letra de cambio es el acto en que se observa una forma tenida por suficiente y en la cual se inserta una voluntad también considerada como suficiente, juzga erradas las teorías que sólo ven en ella la función de la voluntad privada, con olvido de la estructura social de toda relación jurídica, como si tal estructura se opusiese a la categoría de las obligaciones nacidas de la unilateral declaración de voluntad, todo porque en éstas no es la voluntad de **ego** en contacto con la de **alter** la que hace nacer el vínculo jurídico, sino la voluntad de **ego** en contacto con la voluntad misma de la ley que protege a **alter**.

La obligación que emana de la voluntad cambiaria, —agrega nuestro autor— como la creación de títulos al portador, es absoluta como los derechos absolutos, en el sentido de que, del otro lado, en actitud de protección al público, a la generalidad, a **alter**, no está otra voluntad privada, sino la voluntad social, la voluntad de la ley, la ley misma como voluntad (ver autor y opus cit. nó 6, pág. 37)

Siendo así, se ha de convenir que también este eminente jurista comparte la doctrina de Messineo según la cual sólo por su emisión o puesta en circulación cobra eficacia la voluntad unilateral ínsita en la letra de cambio, porque es en ese momento en que protegiendo la ley al tomador, a **alter**, le confiere la aptitud especial de obligar al subscriptor.

2º La orden incondicionada de pagar una suma determinada de dinero es el segundo de los requisitos esenciales a la validez de la letra de cambio. La ley uniforme de la convención de Ginebra no admite ninguna restricción arbitraria de la voluntad del librador que haga depender el pago de un acontecimiento futuro e incierto. El vocablo **"incondicionado"** equivale a una mandato puro y simple de pagar, como reza el inc. 2º del art. 110 del Código francés, reformado por aplicación del Decreto-Ley del 30 de octubre de 1935. El inc. 2º del art 722 del C. Federal suizo de las Obligaciones sólo exige: **"La indicación, en el texto y en todas las letras, de la suma a pagar"**, de donde se infiere que la indicación hecha en cifras no producirá ningún efecto. El inc. 2º del art. 1º de la Ley brasileña Nº 2044 reza: **"La suma de dinero a pagar y la especie de moneda"**. Más el inc. 2º de nuestro artículo **sub examine** exige además que la suma sea **determinada** porque no se concibe la orden de pagar una suma cualquiera, a gusto del girado, porque podría encerrar una orden no seria (Messineo, t. VI, parág. 165, pág. 310).

3º Tercer requisito formal de la letra es la indicación del nombre del que debe hacer el pago o sea del girado o librado, por su nombre y apellido que evite confusiones con su omónimo, por la razón social, si se trata de una entidad.

4º Cuarto requisito es la indicación del vencimiento del plazo del pago, el cual puede ser un día determinado, porque a falta de esta determinación la letra sería pagadera a la vista y la determinación insuficiente, como

por ejemplo en febrero, o antes del fin de junio, o con ocasión de Noel, o de las Pascuas, en que las fiestas comprenden varios días, la letra sería nula. Lo mismo ocurriría si se indicase un día imposible: el 31 de febrero, 31 de abril, 31 de junio. La omisión del año no sería causa de nulidad, porque el año puede resultar del contexto de la letra. Así, una letra creada el 10 de Enero de 1961 con vencimiento al 10 de junio, sin expresión del año, se debe entender que es pagadera el 10 de junio de 1961. Pero si la misma letra fijase como fecha del pago el 10 de enero, se entenderá que es pagadera el 10 de enero de 1962.

5º Quinto requisito es la indicación del lugar del pago, en defecto del cual se entenderá que la letra es pagadera en el lugar indicado junto al nombre del girado. Si se han indicado varios lugares se entiende que el poseedor de la letra puede presentarla en cualquiera de los lugares indicados.

6º Sexto requisito es la indicación del nombre de aquél a quien o a la orden de quien debe hacerse el pago. Nula sería la letra pagadera a los directores del Club de Regatas de Buenos Aires o del Club Centenario de Asunción, porque no indicaría el nombre de persona alguna, siquiera los nombres de los directores pudiera establecerse de una manera indudable. En Suiza ha dado lugar a decisiones contradictorias la letra girada a pagar "a mi hijo Carlos" o "a mi esposa María" cuya identidad podría establecerse de acuerdo con el nombre y apellido del librador.

Si el nombre del beneficiario, primer tomador o remitente fuese indicado correctamente podría la letra no producir efectos si la razón social indicada hubiere dejado de existir o si fuere indicada por error, o si la sociedad por acciones no estuviese inscrita en el registro respectivo.

Se puede indicar a varias personas o razones sociales acumulativa o disyuntivamente como beficiarias de la letra. La letra será siempre concebida a la orden, aún cuando no se incluya en ella la cláusula sacramental: "a la orden", porque la letra de cambio no puede ser extendida al portador, desde que si así fuese redactada usurparía la función del papel-moneda.

7º La indicación de la fecha y lugar donde la letra es emitida, es igualmente esencial a la perfección de la forma de la letra de cambio, porque rigiéndose la capacidad de obrar o de hecho por la ley del domicilio de la persona, ocioso es que la exactitud del lugar de emisión de la letra tenga importancia. La fecha desempeña función análoga, porque es con arreglo a ella que podrá determinarse la ley aplicable de acuerdo con el principio **tempus regit actum** que según Planiol es paralela al principio **locus regit actum.**

8º La firma del que emite la letra (librador), escrita de puño y letra, debe contener el nombre de pila (aunque sea abreviado, o sólo indicado con la inicial) y el apellido del que se obliga por sí o por representación de una razón social, es de importancia capital a la validez del documento.

Librada la letra en los precedentes términos, asume el librador:

a) La **responsabilidad** (documental), por la eventual **falta de aceptación** de parte del girado, de la cual, empero, puede exonerarse;

b)) La **responsabilidad** (documental) por la eventual **falta de pago**; pero de la cual, a diferencia de la que ocurre en el caso precedente, **no puede** él exonerarse, y toda cláusula dirigida a tal exoneración, se tendrá por no escrita.

Bien se ha dicho que la voluntad cambiaria es absoluta, sin restricción alguna, y la orden de pago emanada de ella es **incondicionada.**

Art. 2257 — El título al cual le falte algunos de los requisitos enumerados en el artículo precedente no vale como letra de cambio, salvo los casos previstos en los parágrafos siguientes:

La letra de cambio sin indicación de plazo para el pago se considera pagadera a la vista.

A falta de indicación especial, el lugar indicado junto al nombre del girado, se considera lugar del pago y, al mismo tiempo, domicilio del girado.

La letra en la que no se indique el lugar de emisión, se considera firmada en el lugar indicado junto al nombre del librador.

Si se indican varios lugares de pago, se entiende que el portador puede presentar en cualquiera de ellos la letra para requerir su aceptación y pago.

Ver: art. 2º del R. D. italiano de 14 de diciembre de 1933; 725 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 2º de la Ley brasileña Nº 2044; 2º del Proyecto Yadorala del Instituto Argentino de Estudios Legislativos. Bastará lo que dejamos expuesto en la nota al artículo anterior para comprender que todos los requisitos exigidos en el texto de la letra de cambio tienen, como dice Pontes de Miranda, una razón de ser indeclinable (ver: autor y opus cits. Nº 5, pág. 141). La letra de cambio a la cual faltase alguno de los requisitos ya indicados sería una letra **irregular**, pero no de **cambio** por mucho que el librador alimentase la intención de emitirla.

La letra irregular ha suscitado en Alemania la cuestión de saber si la letra nula por su forma podría constituir un reconocimiento de deuda comercial, por aplicación del art. 140 del Código Civil alemán, según el cual: **"Si un acto jurídico nulo reuniese las condiciones de otro acto jurídico, será válida por este último título cuando pueda admitirse que las partes, aún conociendo su nulidad, habrían querido su validez".**

(Concuerda con el art. 363 del C. alemán de comercio).

El Tribunal Imperial ante el cual fue planteada esta cuestión, se pronunció por la afirmativa. Mas como por el Derecho civil suizo no existe disposición legal alguna análoga a la del art. 140 del C. alemán, mal ha podido admitirse la transformación de una letra de cambio nula por su forma en otra obligación válida. La nulidad formal es absoluta y puede y debe ser declarada por el juez aún cuando las partes hubiesen renunciado por anticipado a prevalerse de la nulidad y constituir así una obligación de cambio válida (ver Schneider y Fick, t. II, nota 4, pág. 297).

La razón de este extremo rigor de la ley es que la protección que ésta presta a la letra de cambio no mira sólo al interés del librador y del tomador, sino principalmente el de los terceros.

Rossel, empero, enseña que el Tribunal Federal suizo decidió que la disposición del art. 725 del C. Federal suizo de las Obligaciones, análogo en substancia al art. 2º de la Ley uniforme de la Convención de Ginebra, no obsta a que de declaraciones (aceptación, endoso, firma del subscriptor) escritas sobre una letra en blanco o llenada en parte solamente, nazcan obligaciones cambiarias. El empleo de la firma en blanco es admitida por la ley suiza, con tal que antes de su presentación, o mejor, antes de hacerla valer, sea llenada la letra conforme con el art. 722 del Código Federal de las Obligaciones (ver autor y opus cit. t. II, Nº 317 pág. 205.

Y Messineo, por su parte, enseña que la invalidez del documento como letra de cambio por omisión o deficiencia de los requisitos del artículo anterior, no impide que el documento pueda valer como **quirógrafo de crédito** o sea, como prueba escrita de una obligación no-cartular (no documental) y, que, como tal, pueda hacérselo valer a cargo del deudor, según las reglas del derecho común, si reune los requisitos para ello (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 165, pág. 312).

Art. 2258 La letra de cambio puede ser pagadera a la orden del mismo librador.

Puede ser girada sobre el mismo librador.

Puede ser girada por cuenta de un tercero.

Ver: art. 3º de la Ley italiana Nº 1669; 3º de la L. U. (que así designaremos en adelante la Ley uniforme de la Convención de Ginebra); 724 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 3º del Proyecto argentino del doctor Yadarola. Omitido en la Ley brasileña Nº 2044; art. 604 C. de comercio paraguayo y argentino.

Forma, la más frecuente de la letra de cambio, es la concebida a la orden del propio librador, empleando fóormulas que digan: "a mi orden", o bien "a la orden de mi mismo", caso en el cual el librador se reserva la libre disposición de la letra.

Por derecho alemán y suizo una letra de cambio a la orden de sí mismo no es admitida sino entre dos plazas separadas por la distancia, pero no dentro de una misma ciudad, entre dos casas separadas por una calle. Ella permite arreglar las relaciones de negocios de dos establecimientos de una misma firma o entidad o las relaciones entre un comerciante y su comanditario extranjero. En tanto el librador conserve la letra en su poder, ella no producirá efecto jurídico alguno. Estos se producen desde que él la ponga en circulación haciéndola aceptar por el tomador. La identidad del dador con el girado debe resultar de una manera indiscutible del efecto mismo. La simple concordancia de nombres no basta. (Schneider y Fick, t. II, pág. 269).

Refiriéndose Messineo a esta estructura cambiaria —la cual importa que el librador se convierte, también, en primer tomador de la letra— o sea acreedor cambiario y acumular dos cualidades cambiarias, por otra parte antitéticas, enseña que ella se explica considerando que, a veces, el librador puede tener necesidad de obtener la aceptación del librado (y de evitarse la acción de regreso por falta de aceptación), antes de poner en circulación, o de endosar, o de descontar la letra, y similares.

En tales casos, —agrega nuestro autor— el librador, como tomador, tiene personalidad para pedir al girado la aceptación. Es éste también el único caso en que el librado está autorizado a endosar la letra, mientras que, de ordinario, como obligado cambiario, el no puede endosarla, puesto que endosar importa, sobre todo, transferencia de derechos a otro.

La letra girada sobre el mismo librador importa la acumulación del caracter de librador y de librado o girado, en la misma persona. Así, la filial en Buenos Aires de la Casa X de Asunción podría girar una letra de cambio a la orden de Zutano y a cargo de la casa matriz de Asunción.

La letra girada en nombre propio pero por cuenta de un tercero, supone un mandato sin representación conferido al librador por un acreedor (extracambiario) del girado, el cual acreedor, para no asumir el carácter de deudor cambiario de regreso quiere permanecer extraño al nexo cambiario y no girar él la letra (ver: Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 5, pág. 312).

Art. 2259. — La letra de cambio puede ser pagadera en el domicilio de un tercero, o en el lugar del domicilio del girado o en otro lugar.

Si no se expresa que el pago se hará por el girado en el domicilio del tercero, se entiende que se hará por el tercero.

Ver: art. 4 del R. D. Italiano Nº 1669; 606 C. de Comercio paraguayo y argentino; 4º del Proyecto del doctor Yadarola; 743 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Contempla nuestro artículo la letra de cambio domiciliada. La indicación en el texto de la letra del lugar del pago, estatuída por el inc. 5º de nuestro art. 2256, es requisito formal del documento, el que por ser tal no puede señalarse por carta u otro papel separado de la letra.

La letra domiciliada comporta, dice Messineo, dos distintas manifestaciones, según que el pago deba ser efectuado por el tercero, en su propio domicilio; o bien por el girado en el domicilio del tercero. Si no expresase la letra que el pago será hecho por el girado en el domicilio del tercero, se entenderá que el pago será efectuado por el tercero. (autor y opus cits. t. VI, parág. 165, Nº 5, d), pág. 313).

Según la doctrina alemana, no hay diferencia entre el domicilio del girado y el lugar del pago sino cuando ella resulta de la propia letra. Cuando ésta indica la Ciudad de Luque, como domicilio del girado y Asunción, como lugar del pago, y en ésta reside en realidad el girado, la letra será considerada domiciliada. Mas si en realidad el girado reside en Asunción, y la letra, como la dirección indican Luque, no habrá letra domiciliada. El caracter formal de la letra de cambio encuentra aquí su aplicación. El único domicilio que rige es el indicado en la letra. Del lugar del pago indicado por el librador en la letra nace el mandato de pagar con todas sus modalidades.

Cuando el girado agrega a su aceptación otro lugar de pago, se admite por Derecho suizo que hay aceptación con restricción. Si la indicación de domicilio se ha hecho después de la aceptación, no tendrá el aceptante porque tenerla en cuenta dado que él no es responsable sino de lo que es conforme con el contenido de la letra (ver Scheneider y Fick, t. II, nota 2, pág. 320, Rossel, t. II, Nº 346, pág. 223).

Esta clase de giro, dice Segovia, es usado y ventajoso. Cuando el librador no tiene persona sobre quien girar en la plaza donde el tomador necesita los fondos, ni es posible obtener para ese lugar, o cuando en razón del estado relativo de los cambios, hay conveniencia en expedir la letra sobre otra plaza. En tal caso, se envía la letra al comerciante de la plaza A, y se le pide que haga pagar la letra de cambio en la plaza B, indicándole el domicilio de una persona, para que el portador de la letra, después de presentarla en el domicilio del librado para su aceptación, una vez aceptada, ocurra al domicilio indicado a su vencimiento a cobrarla o protestarla en defecto de pago y girar la resaca. El librado —agrega nuestro autor,— o habrá hecho la provisión de fondos necesaria en el lugar del pago, o espera a lo menos que el librado haría honor a su firma y aceptando la letra, la haga pagar en la forma pedida (ver autor y opus cit. t. II, nota 2048, pág. 152) Rébora, Letras de Cambio, Nº 64, pág. 128 y Nº 41, pág. 98, 3ª edición; Alauzet, opus cit t. IV, Nº 1255, pág. 55).

Art. 2260. — En la letra de cambio pagadera a la vista o a un cierto tiempo vista, puede el librador disponer que la suma produzca intereses. La promesa de intereses hecha en cualquier otra letra, se tendrá por no escrita.

La tasa de intereses debe indicarse en el texto de la letra de cambio; si no lo estuviese, se la tendrá por no escrita.

Los intereses corren a partir de la fecha de la letra de cambio, si no se ha indicado otra fecha.

Ver: art. 5º de la L. U; 5º del R. D. italiano Nº 1669; 112 C. francés de Comercio; 5º del Proyecto del doctor Yadarola; 722 inc. 4º C. Federal suizo de las Obligaciones; 609, 610 y 640 C. de comercio paraguayo y argentino; 6 de la Ley brasileña Nº 2044; Sobre la promesa de intereses hecha en la letra de cambio, ver la prohibición del in fine del art. 725 del C. Federal suizo de las Obligaciones y del Nº 44 inc. 1) de la Ley brasileña Nº 2044.
Nuestro artículo permite que el librado prometa en el texto de la letra de cambio pagadera a la vista o a un cierto tiempo vista, pagar intereses de la suma girada, con expresa indicación de la tasa del interés, bajo pena de nulidad, pues, no otra cosa significa que la omisión de la tasa producirá el efecto de no tenerse por escrita la obligación de pagar intereses.
Limitada por la Ley a sólo estos dos casos la obligación de pagar intereses a una tasa fija, ocioso es que sea nula la promesa de interés en las otras letras de cambio, como las pagaderas **a cierto tiempo fecha**, o a día fijo, sin perjuicio de lo que más adelante explicaremos de los intereses cargados por vía de resaca. Si en la letra no se indica desde cuando corren los intereses, preceptúa nuestro artículo que ellos corren desde la fecha de la emisión de la letra.

Art. 2261. — La letra de cambio que lleva escrita la suma a pagarse en letras y cifras vale, en caso de diferencia, por la suma indicada en letras.

Si la suma a pagarse ha sido escrita más de una vez en letras o en cifras, la letra vale, en caso de diferencia, por la suma menor.

Ver: art. 6º de la L. U; 6º de la Ley italiana Nº 1669; 113 C. francés de Comercio; 6º del Proyecto del doctor Yadarola; 615 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino. El art 5º de la Ley brasileña Nº 2044 se limita a reproducir la vieja regla del parágrafo 1º del art. 615 de los códigos de comercio paraguayo y argentino, según la cual: **"Habiendo diferencia entre el valor expresado en guarismos al principio de la letra, y el que se hallare por extenso en el cuerpo de ella, este último será siempre considerado el verdadero"**.
La validez atribuída a la cifra menor, en el caso de duda surgida de su diferencia con la suma mayor escrita en la misma letra, es arbitrio legal estatuído para resolver la cuestión dudosa y poner fin a la incertidumbre, sin perjuicio de que en juicio ordinario pueda probarse el verdadero importe de la letra, tal como Segovia lo enseña en la nota 2078 (opus cit. t. II, pág. 161)

Art. 2262. — Si la letra de cambio lleva firmas de personas incapaces de obligarse cambiariamente, firmas falsas o de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón no obligan a las personas que han firmado la letra o con el nombre de las cuales ha sido firmada, las obligaciones de los otros subscriptores quedan, sin embargo, válidas.

Ver: art. 7º de la L. U; 7º de la Ley italiana Nº 1669; 801 C. Federal suizo de las Obligaciones; 7º del Proyecto del doctor Yadarola; 114 parág. 2º del C. francés de comercio; 601 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; y 43 de la Ley brasileña Nº 2044.
Razonando Messineo sobre la base de la **independencia** y **autonomía** de cada una de las firmas y las respectivas obligaciones contraídas en el curso trayecticio de la letra de cambio, en el sentido de que la suerte de cada una de ellas no influye en la de las otras, como es propio de las obligaciones in solidum, enseña que si una firma no es válida, por falsedad, inexistencia del subscriptor, incapacidad, defecto de representación, y similares, las otras no quedan ni influenciadas ni comprometidas por ella; y conservan, si la tienen su validez y eficacia. (opus cit. t. VI, Nº 9, H), pág. 324).
Esto explica el artículo sub examine.
El art. 601 de nuestro Código de Comercio reduce a calidad de mero pagaré en favor del tomador y a cargo del librador la letra de cambio que tenga **nombres supuestos**, de los que Segovia dice que son firmas imaginarias o firmas falsificadas, y que la suposición de nombres puede recaer sobre el librador, o tomador o librado o de varios de ellos y tiene por objeto facilitar la negociación de la letra, garantizándola con firmas acreditadas en el comercio (autor y opus cits. t. II, nota 2038, pág. 149; Raymundo L. Fernández, t. III, nota al art. 601, pág. 196).

Art. 2263. — Toda firma cambiaria debe contener el nombre y apellido, o la razón social del que se obliga. Es válida, sin embargo, la firma en que el nombre de pila sea abreviado o indicado solamente con la inicial.

Ver: art. 8 de la Ley italiana Nº 1669; 820 del C. Federal suizo de las Obligaciones; art. 599 inc. 6º de los códidos de comercio paraguayo y argentino; y art. 2256 inc. 8 del presente Código.
La primera parte de este artículo repite la substancia del inc. 8º de nuestro art. 2256, siquiera pueda parecer ocioso, dado que la firma del obligado es esencial a todo instrumento privado como lo estatuye nuestro art. 742. Si el librador no sabe o no puede firmar, deberá dar procuración a otro para que firme en su nombre o bien librar la letra por ante Escribano Público.
Lo dispuesto en la segunda parte de nuestro artículo, es conforme con lo que dejamos explicado al pie del art. 2260, inc. 8º
A tenor del art. 820 del C. Federal suizo de las Obligaciones, una cruz y otra señal análoga puesta en vez de la firma en una letra de cambio no produce efecto especial alguno.

Art. 2264 — El menor emancipado no autorizado judicialmente; el progenitor, el tutor o el curador de incapaces de obrar no pueden obligar cambiariamente a sus pupilos sin expresa autorización del juez, bajo pena de nulidad.

Ver: arts. 9 y 10 de la Ley italiana Nº 1669.

Art. 2265. — El que bajo su firma libra una letra de cambio como representante de una persona de quien no tiene poder para su libramiento, queda obligado él mismo cambiariamente como si hubiese firmado en su propio

nombre; y si ha pagado tiene los mismos derechos que habría tenido el pretendido representado.

La misma disposición se aplica al representante que se haya excedido en sus poderes.

Ver: art. 11 de la Ley italiana Nº 1669; 40 Ley brasileña Nº 2044 y 821 C. Federal suizo de las Obligaciones; La extralimitación del mandatario tiene lugar no sólo cuando excediese los límites del mandato, sino también cuando efectuare negocios que no le fueron confiados o ejecutando actos para los cuales no fue autorizado, casos en los cuales el acto que exceda los límites del mandato queda a cargo del mandatario, si el mandante no lo ratifica, tal como lo preceptúa nuestro art. 1467.

Art. 2266. — El poder general de obligarse en nombre y por cuenta de otro no hace presumir, salvo prueba en contrario, la facultad de obligarse cambiariamente.

La facultad general de obligarse en nombre y por cuenta de un comerciante comprende también la de obligarse cambiariamente, salvo que en el instrumento del mandato, inscripto en el Registro General de Poderes, se dispusiere lo contrario.

Ver: art. 12 de la Ley italiana Nº 1669; 46 Ley brasileña Nº 2044; 608 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 9º del Proyecto del doctor Yadarola; 821 del C. Federal suizo de las Obligaciones.

La capacidad de obligarse cambiariamente es otro de los requisitos formales de la letra de cambio. Ella es algo más que la capacidad de obligarse pura y simplemente a causa de las prerrogativas que la letra atribuye al acreedor cambiario y en cuya situación del deudor cambiario es mucho más gravosa que la del deudor ordinario. Explícase así lo preceptuado por el parágrafo 1º de nuestro artículo según el cual **"el poder general de obligarse en nombre y por cuenta de otro no hace presumir, salvo prueba en contrario, la facultad de obligarse cambiariamente"**. La prueba en contrario es a cargo del acreedor, interesado en convalidar su crédito nacido de la letra de cambio.

Mas si el poderdante es un comerciante o una empresa comercial, el poder general por él conferido lleva implícita la facultad de obligarse cambiariamente, a menos que del poder, debidamente inscripto en el Registro Públicos de Poderes, resultase lo contrario. Lo mismo debe decirse, por afinidad de razón, dice Messineo, en cuanto al órgano de la persona jurídica o de otro sujeto colectivo, si el estatuto de la entidad confiere el poder de hacerlo. (ver autor y opus cits. t. VI, Nº 6, pág. 314).

Doctrina legal distinta es la consagrada por el in fine del art. 462 del C. Federal suizo de las Obligaciones, según el cual: **"El mandatario comercial no puede suscribir obligaciones de cambio pedir prestado ni litigar, si no es en virtud de poder especial"**. Siendo así, en la duda, el Derecho suizo niega al mandatario comercial la capacidad para obligarse cambiariamente por otro, sino está acreditado para hacerlo en virtud de un poder especial de su mandante

Por aplicación de los arts. 560, 561 parág. 1 y 2, 563, 598 y 600 del mismo Código la firma social de una sociedad colectiva o en comandita con que el asociado gerente subscribe una obligación cambiaria, es juzgada según lo que resulte de la toma de razón del acto constitutivo en el registro respectivo. (ver Schneider y Fick, t. II, notas b) y c) al art. 821, pág. 409).

Art. 2267. — El librador es garante de la aceptación y del pago. Puede él exonerarse de la garantía de aceptación. Toda cláusula por la cual él se exonere de la garantía de pago, se tendrá por no escrita.

Ver: art. 13 de la Ley italiana Nº 1669; 115 C. francés de Comercio; 10 del Proyecto del doctor Yadarola. Comparado este precepto con análogas disposiciones de los otros códigos, bien se ve lo que en él hay de innovación al permitir que el librador, por cláusula expresa inserta en la letra, se exonere de la responsabilidad por falta de aceptación, en contraste con los arts. 725 del Código Federal suizo de las Obligaciones; y 616 de los códigos de comercio paraguayo y argentino, según los cuales esa garantía, como la garantía de pago, son absolutas. Nuestro artículo prohibe la exoneración del librador de la garantía de pagos, porque aun cuando así lo aceptase el tomador, no habría letra de cambio.

Art. 2268. — Si una letra de cambio, incompleta al tiempo de su emisión, ha sido completada en contradicción con los acuerdos que la determinaron, la inobservancia de tales acuerdos no puede oponerse al portador, a mesos que éste la hubiere adquirido de mala fe o que al adquirirla hubiere incurrido en culpa grave.

El derecho del portador de llenar la letra de cambio en blanco, caduca a los tres años transcurridos desde el día de la emisión del título.

Esta caducidad no es oponible al portador de buena fe a quien el título le hubiere sido entregado ya completo.

Ver: arts. 14 de la Ley italiana Nº 1669; 11 del Proyecto del doctor Yadarola; sin correspondencia en los otros códigos.

La letra de cambio en blanco es instituto de origen italiano; Tiene ella lugar por acuerdo entre el librador y el tomador de **llenarla o integrarla** con los elementos que en ella falten, de acuerdo con las modalidades del convenio, respecto a las relaciones entre ambos contratantes y el tercer poseedor de buena fe.

La letra de cambio en blanco es la que sólo lleva la firma del librador y la denominación de **"letra de cambio"**, con omisión de la fecha de vencimiento o de la indicación de la suma a pagarse. Mira su institución a hacer posible su integración posterior, sobre la base de elementos indeterminados en el momento de su emisión o libramiento. Su admisión no es contraria a lo dispuesto por los arts. 2256 y 2257 del presente Código porque sus lagunas voluntarias pueden ser llenadas **antes de su presentación para su aceptación** por el girado.

En virtud del pacto mencionado, el primer tomador adquiere el poder de llenar la letra y al mismo tiempo la

obligación de respetar los límites del acuerdo. La inobservancia del acuerdo no puede oponerse al portador de buena fe, pero sí al portador que de mala fe la hubiere adquirido o que al adquirirla hubiere incurrido en culpa grave, la que, como se sabe, está equiparada al dolo.
La carga de la prueba de la eventual mala fe o de la culpa del tercer poseedor de la letra, es a cargo del deudor, llamado a pagarla.
La mala fe del tercer poseedor de la letra consistiría en llenar la letra a sabiendas de que al hacerlo infringía los términos y límites del acuerdo entre librador y el primer tomador. Obraría de buena fe el tercero si al llenar las lagunas de la letra procediese en la ignorancia de las modalidades de dicho pacto, caso en el cual cargaría con sus consecuencias el librador que al admitir una letra en blanco ha hecho posible el abuso.
Messineo rechaza la tesis de Salandra según la cual, el pacto de llenar la letra vincularía incondicionalmente también a los sucesivos poseedores de la letra en blanco. El respeto del pacto de llenar la letra no se transmite **ministerio legis** a los sucesivos poseedores de la letra. Un remoto adquirente de ella no tiene porqué conocer las modalidades y límites de ese pacto. Si al llenar la letra lo hace con alteración de dicho pacto, procede de buena fe, salvo prueba en contrario. Fija la ley un plazo de tres años a la caducidad de la letra de cambio dada en blanco, plazo computado desde el día de su emisión. Siendo así, el tercer poseedor de la letra debe cuidar de ponerle una fecha de vencimiento que exceda dicho plazo, si no quiere ver perdido su derecho de presentarla para su aceptación y pago. Por día de la emisión del título, se entiende, comunmente, aquel en que el librador entrega el título al primer tomador. (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 8, pág. 318 y ss.).

CAPITULO II

Del endoso

Art. 2269. — La letra de cambio, aun no expresamente girada a la orden, es tranferible por vía de endoso.

Si el librador ha incluído en la letra de cambio las palabras: "no a la orden", o una expresión equivalente, el título sólo es transferible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

El endoso puede hacerse también a favor del girado, haya o no aceptado; del librador o de cualquier otro obligado.

Los mismos pueden endosar de nuevo la letra.

Ver: art. 15 de la ley Italiana Nº 1669; 727, 728 y 733 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 8 de la Ley brasileña Nº 2044; 117 parágrafos 1º, 2º y 3º del C. francés; 10 de la L.U., de la convención de Ginebra; 12 del Proyecto del doctor Yadarola; 624 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
El título es "a la orden" cuando expresa el nombre del primer tomador, quien puede transmitirlo por vía del endoso, aun cuando el título no rece que es "a la orden", porque, por ser el título de sujeto determinado, se sobreentinde por ley que es endosable, tanto la letra de cambio, como el cheque bancario, el cheque circular, el cheque bancario libre, el cheque bancario de plaza, el vale bancario y la fe de crédito.
La diferencia entre el endoso y la cesión, es que el primero determina la circulación de la letra con **efecto de autonomía**, pues, no hace falta a su perfección que se notifique al deudor cedido, al paso que la cesión produce **efectos derivados**.
El endoso, enseña Messineo, es un negocio documental, unilateral y abstracto, contentivo de una orden de pago que proviene del primer tomador de la letra o de un precedente endosatario, y en cuanto presúpone un título a la orden ya creado y circulante, tiene **carácter accesorio**. Tiene por función principal la transferancia de la legitimación, derivada del título, en el endosatario. La firma del endosante, absolutamente necesaria, constituye el **índice de procedencia** del título.
De ordinario, al endoso expresa el nombre del endosatario, para quien crea una posición calificada para el ejercicio emanado del documento.
Válido es igualmente el endoso que no expresa el nombre del endosatario, razón por la cual se le llama **"endoso en blanco"**. Este es un endoso completo, productor de todos los efectos de que es capaz. El endosatario queda individualizado por la posesión del título, quien, además, tiene el derecho de llenar el endoso con su propio nombre, o con el de otra persona, o bien transmitirle manualmente a otra persona, sin llenar el endoso en blanco.
El endoso es incondicionado, total e irrevocable. El endoso parcial es nulo. El endoso supone la entrega del título al endosatario, porque sin su tradición mal podría entrar el título en el patrimonio del adquirente.
El endosatario adquiere la situación idéntica activa del endosante, pero como derecho, es derecho autónomo.
El endosable no contrae responsabilidad de regreso o sea que no asume responsabilidad respecto al endosatario y a sus causahabientes por el eventual incumplimiento de la prestación por parte del principal obligado, sin perjuicio de que voluntariamente pueda asumir tal responsabilidad si así lo hubiese pactado con el endosatario. (ver: Messineo, t. VI, parág. 164 bis, 17—B), pág. 261 y ss.).
Bien claro es nuestro artículo al estatuir que cuando el librador incluye en la letra la expresión: "no a la orden" u otra equivalente, ocioso es que sólo pueda transferirselo por la vía de la cesión de crédito, o sea con notificación al deudor cedido. La cláusula: **"No transferible"** impediría que la letra pudiese ser transferida por endoso, salvo a un Banco, para el cobro, pero sin facultad de endosarlo a su vez.
Agrega nuestro artículo que el endoso puede hacerse también a favor del girado, haya o no aceptado la letra; del propio librador o de cualquier otro obligado, con facultad para cada uno de ellos de volver a endosar la letra.
Endosos tales reciben el nombre de **"endosos de retorno"**, caracterizados por provenir de sujetos que, además de ser como endosatarios acreedores cambiarios, son al mismo tiempo deudores cambiarios, en la calidad respectiva de girado (aceptante) del librador o de obligado en otro carácter. La reunión de la doble calidad de acreedor cambiario y de deudor cambiario, en la misma persona, lleva a la letra a su extinción por **confusión**.
El librador no puede endosar originariamente la letra, porque él no es acreedor, salvo que después de su emisión la letra haya sido endosada a su favor. (ver: Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 12, letra d), pág. 336).

Art. 2270. — El endoso debe ser puro y simple o sea no condicional. Toda condición a la cual se lo subordine, se la tendrá por no escrita.

El endoso parcial es nulo. E igualmente nulo es el endoso al portador.

Ver: arts. 11 de la L. U.; 16 de la Ley italiana Nº 1669; 13 del Proyecto del doctor Yadarola. Sin correspondencia en los otros códigos, salvo el 634 de los códigos de comercio paraguayo y argentino, el cual preceptúa que: "**La letra de cambio no puede ser endosada por una parte sin quedar extinguida la otra parte**", porque, como enseña Kent, citado por Segovia, una acción personal no puede ser dividida, quedando de esta suerte el girado sujeto a las acciones separadas de los diversos acreedores. Acaso la verdadera razón sea, —agrega nuestro autor—, la imposibilidad de entregar una sola letra a los dos beneficiarios. El endoso parcial hace que la letra quede limitada en su circulación a la parte o suma endosada; pero el crédito por la parte no endosada no se extingue necesariamente, y si a la fecha del vencimiento no hubiese provisión en poder del girado, el librador quedará responsable por el monto tal de su giro. (ver autor y **opus** cits. t. II, nota 2137, pág. 179).

En esta misma nota de Segovia se reproduce la versión de Dallos acerca de esta materia, según la cual en Francia se admite el endoso parcial.

Tratando del endoso parcial dicen Lyon-Caen y Renault que no se conoce ejemplo de una transmisión parcial. Sin duda, —agrega—, ningún precepto legal lo prohibe, pero no se la concibe siquiera. En efecto, para una letra de cambio no pagada a su vencimiento, existen formalidades no exigidas para un crédito ordinario. El que en virtud de un endoso parcial fuese portador de una letra, no podría accionar sino por la parte que le fue cedida. ¿Cómo obraría por el saldo y se evitaría la caducidad que castiga al portador negligente? (ver autores y **opus** cit. t. IV, Nº 128, bis, pág. 109).

Influído, sin duda, por estos autores cree Rébora encontrar el sentido de la regla de nuestro Código, según la cual "**la letra de cambio no puede ser endosada por una parte de su importe sin quedar extinguida la otra parte**", porque el alcance de esta extinción de las obligaciones del deudor debe medirse según las circunstancias de cada caso, siendo muy posible que fuera del estricto rigor formal de la obligación cambiaria, quede todavía algún derecho por el resto de la cantidad adeudada, sobre todo si existieran convenciones sobre el particular: entendemos —agrega— que atribuir otra significación a la disposición aludida, importaría reconocer que se ha creado una nueva causa de extinción de obligaciones cuya doctrina no se ha formulado, lo cual no parece haber estado en la mente del legislador y podría ser contrario a la equidad (ver autor y **opus** cits. Nº 138, pág. 206, y su nota al art. 11 de la Ley uniforme, pág. 440, donde dice que la ley argentina dispone lo contrario a la nulidad del endoso parcial).

La nulidad del endoso **al portador** equivale al **endoso en blanco**, que es aquel al cual sólo le falta el nombre del endosatario, pero que no obstante queda determinado por la posesión del título y comporta el beneficio de hacer posible la circulación del título a la orden (ver Messineo, t. VI, parágs. 164 bis, Nº 17, letra c), pág. 261 y parág. 165, Nº 12, letra g), pág. 337).

Art. 2271 — El endoso debe ser escrito en la letra de cambio o en una hoja unida a ella (hoja de prolongación). Debe ser firmado por el endosante.

El endoso es válido aun cuando el beneficiario no fuere designado en él, o se hubiere limitado el endosante a poner su firma al dorso de la letra de cambio o en una hoja de prolongación.

Ver: art. 12 de la L. U.; 17 de la Ley italiana Nº 1669; 729 y 730 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 8º de la Ley brasileña Nº 2044; 627 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 14 del Proyecto del Doctor Yadarola.

La **hoja de prolongación** que dice nuestro artículo es la hoja de papel unida a la letra de cambio para dar espacio a los nuevos endosos, llenado que sea el espacio del reverso de la letra.

La segunda parte de nuestro artículo se refiere al endoso en blanco, de que ya nos hemos ocupado, como opuesto al endoso nominativo, y que tiene lugar cuando el endosante no hace preceder su firma de ninguna fórmula de transferencia ni mención del nombre del endosatario. Tal endoso debe estamparse en el reverso de la letra, pero nunca en el anverso, porque el endoso en blanco puesto en el anverso podría ser [illegible]

[illegible]

El endoso en blanco facilita notablemente el descuento de las letras de cambio.

Permite él inscribir el nombre del tomador que es necesario descubrir. Podría ocurrir que no quisiera el adquirente de la letra obrar como acreedor de cambio, prefiera no ser designado como endosatario. Siendo así, como lo es, el endoso en blanco se asemeja por la facilidad de su circulación, a la de los títulos al portador (ver: Scsnelder y Fick, t. II, nota al art. 730, pág. 303).

Art. 2272. — El endoso transfiere todos los derechos inherentes a la letra de cambio.

Si el endoso es en blanco, el portador puede:

1º) llenarlo con el propio nombre o el de otra persona;

2º) endosar nuevamente en blanco la letra, o la orden de persona determinada;

3º) entregar la letra de cambio a un tercero, sin llenar el blanco y sin endosarla.

Ver: art. 13 de la L. U.; 18 de la Ley italiana Nº 1669; 731 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 15 del Proyecto del doctor Yadarola.

A estar a lo preceptuado por el presente artículo, los efectos del endoso en blanco son los mismos del endoso ordinario. Sus tres incisos contemplan las tres soluciones que el portador podría elegir: si llena el blanco con su propio nombre, lo transformaría en un endoso completo, con facultad de transferir la letra por otro endoso en blanco o por otro completo; si entrega la letra de cambio a un tercero

sin llenar el blanco y sin endosarla, transmitiría sus derechos como si hubiese endosado la letra, pero quedaría excluído de la serie de personas obligadas a las resultas de la letra, salvo su responsabilidad a favor del cesionario por la validez de la letra.

Art. 2273. — El endosante, salvo clásula en contrario, responde de la aceptación y del pago.

Puede él prohibir un nuevo endoso, caso en el cual no es responsable frente a aquellos a quienes la letra haya sido ulteriormete endosada.

Ver: arts. 14 de la L.U.; 19 de la Ley italiana 1659; 732 y 733 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 16 del Proyecto del doctor Yadarola.
Según las reglas del derecho de cambio ("Wechselmassig") el endosante es responsable como si él mismo hubiese librado la letra, salvo que por cláusula especial consignada en la misma letra se hubiese exonerado de la garantía de la aceptación, que es a lo más a que puede limitar su responsabilidad, tal como lo estatuye nuestro art. 2267. No puede exonerarse de la garantía de pago.
La responsabilidad del endosante es una responsabilidad subsidiaria. Ella no tiene lugar sino cuando presentada en vano la letra de cambio par su aceptación, no ha sido aceptada. Sólo cuando el girado haya pagado queda el endosante liberado.
El endosante puede prohibir todo otro endoso posterior. En este caso, queda al abrigo de todo recurso de parte de aquellos a quienes la letra de cambio ha sido transferida contra su prohibición. Mas los endosantes anteriores seguirán respondiendo de su obligación cambiaria, porque siendo ésta in solidum, cada endosante responde por el todo, sin que el pago hecho por uno libere a los otros.

Art. 2274. — El tenedor de una letra de cambio es considerado legítimo portador de ella si él justifica por una sucesión ininterrumpida de endosos el derecho que invoca, aunque el último sea en blanco. Cuando un endoso en blanco sea seguido de otro endoso, el signatario de este último es considerado que adquirió la letra por endoso en blanco.

Si una persona ha perdido por cualquier causa la posesión de una letra de cambio, el nuevo portador de ella que justifique su derecho en la forma establecida en el párrafo anterior, no está obligado a desprenderse de la letra sino en el caso de haberla adquirido de mala fe, o de haber incurrido al adquirirla en culpa grave.

Ver: arts. 15 de la L. U.; 20 de la Ley italiana Nº 1669; 755 y 790 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 17 del Proyecto del doctor Yadarola. Omitido en la Ley brasileña 2044.
Por el parágrafo 1º del presente artículo protege la ley la posesión de buena fe del título acreditada por la sucesión ininterrumpida de endosos, aun cuando el último sea en blanco, sin distinguir acerca del modo en que el título ha entrado en circulación, y aun en el caso en que hubiera entrado en circulación contra la voluntad del librador. Basta la posesión del título en las condiciones expresadas para que el tenedor de ella sea considerado legítimo o justificado poseedor. Siendo así se comprenderá que el deudor se libere pagando sin dolo o culpa grave al que esté legitimado como poseedor del título, aunque no sea el titular del derecho documental. Tales son los efectos de la circulación regular de la letra, que también se producen aun en el caso de que un poseedor de ella hubiese perdido por cualquier causa su posesión y un nuevo portador de la misma pretenda ejercer los derechos emergentes de la letra en su poder, siempre que justifique su derecho en la forma ya establecida o sea por una serie ininterrumpida de endosos, con la única excepción del que hubiese adquirido de mala fe su posesión o que haya incurrido en culpa grave al adquirirla. La mala fe o la culpa grave en la adquisición se evidenciaría por la solución de continuidad en los endosos. Se daría así la circulación irregular. El poseedor de mala fe o el adquirente incurso en culpa grave, estará obligado a entregar el título a quien lo reivindique, justificando el propio derecho sobre él. La reivindicación recaería en este caso sobre el título, como res (documento), pero no sobre el derecho cartular, del cual el título es vehículo.

Art. 2275. — La persona contra la cual se promueve acción cambiaria, no puede oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el librador o con los portadores anteriores, a menos que el portador, al adquirir la letra de cambio hubiese obrado concientemente en daño del deudor.

Ver: arts. 16 de la L. U.; 21 de la ley italiana Nº 1669; 18 del Proyecto del doctor Yaderola y 811 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 212 y 736 in fine de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
La doctrina del derecho cambiario suizo distingue dos categorías de excepciones que el deudor puede oponer al acreedor; 1º) las objetivas o absolutes o in rem y 2º) las personales relativas, excepciones in personnam. Pertenecen a la primera categoría las excepciones fundadas en la invalidez de la firma de cambio, o en los efectos resultantes del contenido del acto; y a la segunda categoría todas aquellas que dejan de lado los caracteres objetivos de la obligación de cambio y pueden ser opuestas al demandante por un motivo jurídico cualquiera.
Excepciones objetivas son todas las que se fundan en la omisión de los elementos formales de la letra estatuídos por nuestro art. 2256, las cuales pueden ser opuestas a cada uno de los acreedores de cambio, como por ejemplo, por incapacidad de cambio, defecto de las solemnidades prescriptas o sólo a ciertos acreedores, como las de prescripción y pago.
Las excepciones in perrsonam no se fundan sobre las reglas especiales de cambio, sino sobre las normas del derecho civil relativas a la validez o invalidez de los actos jurídicos, como los vicios de error o de inmoralidad, o bien sobre las circunstancias especiales del acto jurídico que ha dado nacimiento a la letra de cambio. (ver: Schneider y Fick, t. II, notas 1 y 2 al art. 811 del C.F.S. de las Obligaciones, pág. 388 y V. Rossel, t. II, Nº 437, pág. 265).
La doctrina así expuesta es punto menos que idéntica a la acogida y consagrada por el Código italiano de 1942, cuyo art. 65 (qué más adelante trasegaremos al presente Código), preceptúa que el deudor cambiario

sólo puede oponer las excepciones de nulidad de la letra a tenor de su art. 2º (que corresponde a nuestro art. 2257), y las no prohibidas por su art. 21 (que es la fuente del artículo **sub examine**).
Es así cómo Messineo puesto a explicar las excepciones cambiarias admitidas por dicho precepto, llama excepciones **absolutas, objetivas o reales** a las que por fundarse en lo dispuesto por nuestro art. 2257, pueden ser opuestas por cualquier deudor cambiario a cualquier acreedor cambiario a las que deben agregarse las que fundadas en el art. 104 o sea en la omisión de la tasa de sellos en la letra, autorizan la excepción de invalidez de la misma como título ejecutivo; y las otras eventuales resultantes del título: como la de pago efectuado que resulte del título con recibo de finiquito; de prescripción del derecho del acreedor, y de extinción del título.
Excepciones **relativas** son aquellas que no pueden ser opuestas a determinado acreedor, por estar fundadas en las relaciones personales del deudor cambiario que ejerce la acción, con el librador y los anteriores portadores del título, pero sí a otro acreedor cambiario.
Excepciones **absolutas subjetivas** que pueden ser opuestas en cuanto no sean prohibidas por el presente artículo, son las que pueden hacerse valer contra cualquier acreedor por un **determinado** deudor cambiario (incapacidad, homonimia, invalidez de la firma).
A las excepciones a que hace referencia el art. 65 de la Ley italiana Nº 1669, deben agregarse las excepciones de **falsedad de la firma, de alteración del título y de defecto (o abuso) de representación** en la persona del subscriptor, opuesta por el pretendido representado. Son éstas excepciones **subjetivas absolutas** que pueden ser opuestas a cualquier portador, si bien solamente por el deudor llamado a pagar.
Excepciones **relativas objetivas** que pueden ser opuestas contra un determinado acreedor cambiario por cualquier deudor cambiario, como las de defecto de legitimación, de adquisición de mala fe o con culpa grave de la letra de cambio.
Excepciones igualmente **relativas**, pero **subjetivas**, que pueden ser opuestas a un **determinado acreedor** cambiario **conocedor y por un determinado deudor**, son las de firma por favor y de vicio de la voluntad en la suscripción. (ver autor y **opus** cit. t. VI, parág. 165, Nº 25, pág. 370 y ss.).

Art. 2276. — Si el endoso contiene la cláusula "valor al cobro" o "al cobro" o "por poder" o cualquier otra que implique un simple mandato, el portador puede ejercer todos los derechos inherentes a la letra de cambio, pero no puede endosarla sino a título de mandato.

Los obligados sólo pueden oponer en este caso al portador las excepciones que habrían podido oponer al endosante.

El mandato contenido en un endoso por poder, no se extingue por la muerte del mandante o por su incapacidad sobreviniente.

Ver: arts. 17 de la L. U.; 22 de la Ley Italiana Nº 1669; 122 parágrafos 1º, 2º y 3º C. francés de comercio; 735 C. Federal suizo de las Obligaciones; 19 del Proyecto del doctor Yadarola.
Salvo el **in fine** del presente artículo, sus dos primeros parágrafos coinciden con lo dispuesto en el art. 735 del C. Federal suizo de las Obligaciones, en el que se contemplan los efectos del endoso por procuración, que tiene lugar cuando la letra de cambio contiene la mención: "**pour encaissement**", "**comme fondé de pouvoirs**", "**valeur en recouvrement**", de uso corriente en los países europeos de habla francesa; o "**valuta per incasso**", "**per procura**", "**per incasso**", en los de habla italiana, o, tal como reza el presente artículo, en las naciones de idioma castellano.
En tales casos, el portador de la letra, como mandatario del endosante, puede ejercer todos los derechos y cumplir todos los actos jurídicos derivados de la letra de cambio, excepción hecha de la facultad de transferirla a otro, si no es con la misma cláusula del endoso por procuración, dado que el endosante conserva la propiedad de la letra. Siendo así, lógico es que el deudor no pueda oponerle al mandatario portador de la letra otras excepciones que las que él podría oponer al endosante.
Propio del Derecho cambiario uniforme es que el poder del endosatario por procuración es irrevocable; explicándose así que el mandato contenido en un endoso por poder, no se extinga por la muerte del endosante, como reza el **in fine** de nuestro artículo.
El endoso para el cobro: "**endossement pour encaissement**" del Derecho francés o "**Inkassomandat**" del Derecho alemán, se distingue, según la ciencia alemana, del endoso por procuración en que, contrariamente a la limitación de los poderes del tenedor-mandatario de la letra, reviste la forma exterior de un endoso completo y transfiere la propiedad de la letra. Este género de endoso reposa en las relaciones internas de las partes, y frente al endosante, en una relación de mandato.
Mas respecto de terceros reviste los atributos del propietario legítimo de la letra, quien siendo así, obra en virtud de un derecho personal y no como representante de otro, o sea del endosante. Viene de aquí que este singular mandatario, considerado desde el punto de vista formal, como propietario, no pueda reivindicar la letra en la masa de bienes del endosante caído en quiebra. (ver Schneider y Fick, t. II, notas 1 a 8, pág. 308).

Art. 2277. — Si el endoso lleva la cláusula "valor en garantía", o "valor en prenda", o cualquier otra que implique una caución, el portador puede ejercer todos los derechos derivados de la letra de cambio, pero el endoso hecho por él sólo vale como endoso por poder.

Los obligados no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que el portador, al recibir la letra, haya obrado intencionalmente en daño del deudor.

Ver: art. 18 de la L. U.; 23 de la Le italiana Nº 1669; 122 parágs 4º y 5º del C. francés de comercio; 185 del C. francés de comercio reformado; 20 del Proyecto del doctor Yadarola y 586 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Enseña Messineo a este propósito que cuando el endoso tiene lugar en interés del endosante, como en los casos de llevar la cláusula: "**valor en garantía**" o "**valor en prenda**", debe entenderse que el endosante se reserva la titularidad del derecho cartular, sin prejuzgar la investidura del legitimado en el poder de ejercer el derecho inherente al título. (t. VI, parág. 164 **bis**, Nº 15, b), pág. 257). Tales endosos son de eficacia limitada.

La letra de cambio, como título, es una **res** y por consiguiente puede ser dada en prenda, como de antiguo lo preceptúa el art 585 de nuestro C. de comercio. El endoso fija los derechos del acreedor prendario. Si surgiese duda sobre la limitación del derecho del acreedor, podrá el endosante, según el art. 586 parág. 2º de nuestro C. de Comercio, probar que sólo ha transmitido el crédito en prenda o en garantía. (ver: Rébora, opus cit. Nº 153, pág. 223, 3ª edición).

Nuestro artículo preceptúa en su segunda parte que los obligados no pueden oponer al portador las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante, a menos que el portador, al recibir el título, haya obrado conciente c intencionalmente en daño del deudor.

Por **excepciones personales**, dice Messineo, deben entenderse aquí, las que pueden ser opuestas al **presentador**, o sea al último endosatario, aunque lo sea sobre la base de endoso en blanco, y a su heredero o legatario (denominado **in personam**), con exclusión de aquellas que, siendo personales al librador o a poseedores anteriores, no pueden ser opuestas al **presentador**, con la excepción de pago hecho al anterior poseedor; la excepción por integración (total o parcialmente) abusiva de letra en blanco; la excepción de firma de favor; la excepción fundada en vicio de la voluntad o de incapacidad de otro firmante; y la excepción de vicio, o de defecto, o de ilicitud de la relación fundamental, o básica (**vicio de causa**). (ver autor y opus cits. t. VI, parág. 165, Nº 25, C), pág. 371 y ss.).

Art. 2278. — El endoso posterior al vencimiento produce los mismos efectos de un endoso anterior. Sin embargo, el endoso posterior al protesto por falta de pago o hecho después de la expiración del término fijado para diligenciarlo, sólo produce los efectos de una cesión ordinaria.

El endoso sin fecha se presume hecho antes del vencimiento del plazo fijado para efectuar el protesto, salvo prueba en contrario.

Ver: arts. 19 de la L. U.; 24 de la Ley italiana Nº 1669; 734 C. Federal suizo de las Obligaciones; 123 del Código francés de comercio, reformado; 21 del Proyecto del doctor Yadarola; en contra: art. 635 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Harto se sabe lo que a propósito del endoso de letras de cambio vencidas preceptúa el art. 635 de los códigos de comercio paraguayo y argentino que "**ellas no son endosables**", en oposición a lo que dispone el art. 734 del Código Federal suizo de las Obligaciones, según el cual: "**El portador de una letra de cambio endosada después de vencido el término para el protesto, puede demandar al girado que la ha aceptado, y ejercido su recurso contra los que endosaron la letra con posterioridad al vencimiento del mismo plazo**". De lo que sigue nos ocuparemos más adelante.

La evidente contradicción de ambos preceptos acusa dos concepciones doctrinales opuestas sobre la circulación de la letra de cambio, y pocos, como Rébora la han explicado mejor. He aquí lo que este autor nos dice acerca del art. 635 del C. de comercio argentino: "Este artículo ha resuelto entre nosotros una cuestión importante, cuyos mantenedores llegaban a conclusiones diversas, según creyeran que la cláusula "a la orden" debía surtir todos sus efectos hasta el pago de la letra por alguno de sus deudores o que la suerte de la letra había sido irremisiblemente fijada por el vencimiento. De acuerdo con la primera doctrina, la letra de cambio podría ser endosada en cualquier época (Bravard-Veyrieres, t. III, pág. 154; Lyon-Caen y Renault, t. IV, Nº 135), o por lo menos, podría serlo aun después del vencimiento, siempre que no hubiera sido protestada (Alauzet, t. IV, Nº 1350 y 1351, págs. 192 y ss.; ley alemana, art. 16; ley húngara, art. 14); de acuerdo con la segunda, la letra de cambio pierde la movilidad característica de los efectos comerciales y la transmisión de su propiedad debe hacerse conforme a las reglas del derecho común (Pardessus, t. I, Nºs. 351 y 353, pág. 446 y ss.; Nougier, t. I, Nº 442; la ley belga de 1872, art. 26; la ley brasileña de 1908, art. 8º Inc. 2º; el Código portugués, art. 302; el italiano abrogado, art. 260; el español, art. 466; y rumano, art. 281, deciden en este sentido, ya declarando que después del vencimiento el endoso valdrá como cesión, ya autorizando al librado a oponer al portador las excepciones que le competían contra el propietario a la época del vencimiento).

Aun reconociendo nuestro autor que la opinión de los primeros concuerda muy bien con las doctrinas inclinadas a facilitar el movimiento de los cambios y de sus instrumentos, opta por la segunda opinión, fundado en un argumento expuesto por Obarrio (opus cit. t. II, Nº 156). (ver: Rébora, opus cits. Nº 146, pág. 215, 3ª edición). Segovia juzga que es necesario que la letra se liquide y pague en la época de su vencimiento para que presente todas las ventajas deseables. Vencida la letra ha llenado su misión legal, habiendo tenido la proyección en el tiempo que el librador le impuso; y empeñarse en renovar su existencia extra-legal es dar origen a inconvenientes y cuestiones (ver opus cit. t. II, nota Nº 2138, pág. 180; confrónteses: Malagarriga, opus cit. t. IV, nota al art. 635, pág. 169 y ss.; y Raymundo L. Fernandez, opus cit. t. III, nota al art. 635, pág. 253 y ss. etc.).

Mas nuestro artículo, consagrando la doctrina de la Ley uniforme de la Convención de Ginebra, preceptúa que "el endoso posterior al vencimiento, pero anterior al protesto por falta de pago o al término para levantar protesto, produce los mismos efectos de un endoso anterior. Si el endoso es posterior al protesto o al término para levantarlo, sólo produce los efectos de una cesión ordinaria, tal como en términos parecidos lo dispone el parágrafo 3º del art. 734 del C. Federal suizo de las Obligaciones.

Explicando Schneider y Fick este último precepto enseñan que el endoso tardío de una letra ya protestada "no crea un derecho de cambio especial que tenga por consecuencia que el endosatario sea protegido contra las excepciones originadas en la persona del portador precedente. Por el contrario —agregan— lo que se cede al endosatario, es simplemente un derecho de cambio derivado de la persona de su endosante, a propósito del cual debe él dejarse las excepciones fundadas en la persona de su predecesor. El protesto conserva sus derechos de recurso contra los predecesores del endosante. Si por consiguiente él enajena la letra de cambio, esta enajenación tendrá por resultado la transferencia de la garantía de la ejecución del mandato de pago, que comportaría una nueva presentación del título al girado. El protesto establece, en efecto, que el girado ha dejado la letra en suspenso. El endoso tardío no produce, en este caso, las consecuencias de un verdadero endoso, pero presenta analogías con la cesión de crédito. El endosado ocupa entonces el lugar del endosante en lo que concierne a los derechos de cambio existentes. No puede él invocar más derechos de los que tenía el endosante, pero no podrá oponérsele las excepciones que el deudor de cambio tenía contra el endosante tardío. Este endosatario no tiene derecho de recurso contra el primer endosatario tardío. La obligación de garantía que normalmente es el resultado del endoso, queda suprimida en el caso del endoso tardío. (ver autores y opus cits. t. II, nota 4, pág. 307).

Art. 2279. — Con la cesión de la letra de cambio, sea derivada de un endoso posterior al protesto por falta de pago o al término fijado para efectuar el protesto; sea que derive de un acto separado aun anterior al vencimiento, se transmiten al cesionario todos los derechos cambiarios del cedente, pero aquél queda sujeto a las excepciones oponibles a éste.

El cesionario tiene derecho a que se le entregue la letra cedida.

Ver: art. 25 de la Ley italiana Nº 1669; 22 del Proyecto del doctor Yadarola. Omitido en el C. francés de comercio y en el C. Federal suizo de las Obligaciones.

La cesión produce efectos más débiles que el endoso. El cesionario adquiere la entera situación cartular (documental) del cedente, pero no como un derecho autónomo, sino derivado y con las excepciones de que el cedente era pasible. (Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 12, u), pág. 340).

CAPITULO III

De la aceptación

Art. 2280. — La letra de cambio puede ser presentada por el portador o por un simple tenedor para la aceptación por el girado en el domicilio indicado, hasta el día del vencimiento.

Ver: arts. 20 L. U.; 25 de la Ley italiana Nº 1669; 124 parág. 1º C. francés de comercio; 736 parág. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones; 9 de la Ley brasileña Nº 2044; 23 del Proyecto del doctor Yadarola. El presente artículo habilita para la presentación de la letra al girado para su aceptación, lo mismo al portador legítimo de ella que al simple tenedor de la misma. Basta tener la material disponibilidad de la letra, sin necesidad de justificar el propio derecho sobre ella. Así, pues, son hábiles para la presentación el mandatario, el depositario de la letra y cualquier otro tener de ella, aunque no sea portador legítimo, ni tenga un interés propio en la presentación o en el pago (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 10, b), pág. 324).

Art. 2281. — En toda letra de cambio puede el librador disponer que ella deberá ser presentada para su aceptación, fijando o no un término al efecto.

Puede, también, prohibir en la letra, que ella sea presentada a la aceptación, a menos que se trate de una letra de cambio pagadera en el domicilio de un tercero o en un lugar distinto del domicilio del girado, o bien sea girada a un cierto tiempo vista.

Puede igualmente establecer en la letra que la presentación para su aceptación no se haga antes de un determinado plazo.

Todo endosante puede disponer que la letra sea presentada para su aceptación, indicando o no un término al efecto a menos que el librador hubiere establecido que la letra no es aceptable.

Ver: arts. 21 de la L. U.; 27 de la Ley italiana Nº 1669; 124 parágs. 2º, 3º, 4º y 5º del C. francés de comercio; 24 del Proyecto del doctor Yadarola. Sin correspondencia exacta en el Código Federal suizo de las Obligaciones, ni en la Ley brasileña.

La presentación de la letra de cambio a la aceptación, dice Messineo, no es una obligación del poseedor o tenedor de ella es, sin embargo, una carga y un poder suyos. Se convierte en una obligación cuando el librador la haya dispuesto. Puede éste ser llamado a responder (en repetición) si la letra no ha sido presentada antes para su aceptación.

Si el poseedor se determina a pedir la aceptación, —agrega nuestro autor—, debe presentar la letra al girado, en el domicilio de éste.

Es potestativo del librador fijar la fecha o el término para la presentación. Esto en la hipótesis de que él quiera no hacer preceder la presentación para la aceptación, a la constitución de la provisión de fondos en poder del girado; y para no dejar indeterminado el momento dentro del cual debe tener lugar la presentación para la aceptación (por ejemplo, porque al librador le interesa que el girado vincule su voluntad a pagar la letra).

Por la misma razón, el librador puede también prescribir un término ad quem, antes del cual la presentación para la aceptación no puede tener lugar.

"Prescindiendo de la prefijación de un término, por parte del librador, el término útil para la presentación de la letra a la aceptación se prorroga hasta el momento anterior al vencimiento; por consiguiente, el portador o tenedor —que no esté obligado frente a quien le ha entregado la letra, a presentarla en un momento determinado— puede tomarse libremente el tiempo que le parezca, entre el momento en que recibe la letra y el día anterior al vencimiento, aunque su interés sea presentarla lo antes posible. De cualquier manera, la retardada presentación hasta el día enterior al vencimiento no da lugar a mora credendi.

El librador puede prohibir en la letra —prosigue nuestro autor— que ella sea presentada a la aceptación (letra no-aceptable), salvo caso de letra domiciliada. Explicando esta novedad del derecho cambiario introducida por la Ley uniforme de la Convención de Ginebra, dice Messineo que ella "debe considerarse como la fuente de una relación cartular (documental) de la cual, el sujeto pasivo es conocido y cierto en su persona, pero cuya voluntad de cumplimiento está en duda hasta el momento en que sea invitado a pagar. Y, desde el punto de vista más estrictamente cartular, deberá decirse que la letra no-aceptable implica la pendencia de la obligación del girado hasta el momento del pago, y la inexistencia de un obligado principal hasta ese momento, con el efecto de que, entre tanto, se tiene necesariamente una obligación de regreso (la del librador) y eventualmente de otros obligados de regreso (avalistas de éste y endosantes); de manera que el girado se deberá considerar únicamente como un tercero del cual se ha prometido el "hecho" (en el caso particular: pago). (ver: autor y opus cit. t. VI, parág. 165, Nº 10, d), pág. 325 y ss.).

Art. 2282. — Las letras de cambio giradas a un cierto tiempo vista deben presentarse para su aceptación dentro del término de un año desde su fecha. El librador puede abreviar este plazo. Esos términos pueden ser abreviados por los endosantes.

Ver: art. 22 L. U.; 28 de la Ley italiana Nº 1669; 124 parág. 6º a 8º del C. francés de comercio; 737

del C. Federal suizo de las Obligaciones; 9 de la Ley brasileña Nº 2044; 25 del Proyecto del doctor Yadarola; 652 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
La obligación sin plazo es pagadera a la vista. Y la letra de cambio a la vista es obligación sin plazo, de suerte que siendo así su vencimiento es un hecho que al decir de Rébora, depende de la voluntad del tenedor, quien puede presentarla al pago desde el momento en que la adquiere. Para evitar que la incertidumbre de su eventual presentación al pago se extienda hasta la prescripción de la deuda, más de una ley extranjera ha fijado un plazo máximo dentro del cual el tenedor debe presentarla para su pago. La ley alemana, dos años; la ley francesa de 3 de mayo de 1862 a 4 meses; el Código español a 40 días entendiéndose que todos estos términos son prorrogables. Nuestro Código de Comercio, omite la fijación de un plazo a la presentación al cobro de las letras pagaderas a la vista, salvo lo dispuesto por su art. 652 según el cual: **"El tenedor de una letra de cambio a la vista, o a días o meses vista, está obligado a expedir un ejemplar para su aceptación en la primera ocasión oportuna que se ofreciere, no pudiendo nunca exceder el tiempo que transcurriere hasta la salida del segundo correo o paquete que lleve correspondencia para el lugar de la residencia del girado o aceptante, so pena de quedar perjudicada la responsabilidad de todos los endosentes anteriores".**
El término fijado por este artículo es demasiado apremiante para la aceptación, sin que haya otro establecido para el pago, siendo por lo demás inaplicable cuando la letra es pagadera en la misma plaza de su emisión.
Mas estos defectos de nuestra legislación se hallan hoy superados por la Ley Uniforme de la Convención de Ginebra. Así, el artículo sub examine estatuye que la letra de cambio girada a un cierto tiempo vista debe presentarse dentro del término de un año desde su fecha, de suerte que siendo así ofrece para el girado la ventaja de poder prepararse para el pago, ventaja que no podía esperar de la letra pagadera a la vista. La fijación del plazo mira a evitar que los co-obligados de regreso tuvieran que esperar por tiempo indeterminado, a deber responder del pago si el girado no pagase. Mas el librador puede abreviar o prolongar el término. De igual derecho gozan los endosantes.

Art. 2283. — El girado puede pedir que le sea hecha una segunda presentación al día siguiente a la primera. Los interesados no pueden prevalerse de la inobservancia de tal pedido si éste no se ha hecho constar en el protesto.

El portador no está obligado a entregar al girado la letra presentada para la aceptación.

Ver: arts. 23 L. U.; 29 de la Ley italiana Nº 1669; 125 C. francés de comercio; 638 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 25 del Proyecto del doctor Yadarola.
Una vez más queda modificado nuestro derecho tradicional. El art. 638 de los códigos de comercio paraguayo y argentino obliga al girado a aceptar o a negar su aceptación en el mismo día en que el tenedor de la letra la presente para ese efecto.
Mas la Ley uniforme de la Convención de Ginebra, con sentido más humano proveyó por el presente artículo que el girado pueda pedir que le sea hecha una segunda presentación al día siguiente de la primera, para darle tiempo de examinar sus posibilidades financieras. Los interesados (derechohabientes al regreso por falta de aceptación) no pueden prevalerse de la falta de observancia del pedido de segunda presentación, cuando esta petición no ha sido mencionada en el acto del protesto.
El girado, dice Messineo, salvo que niegue la aceptación, está obligado a poner en la letra la propia declaración, lo más tarde, en el momento mismo en que es requerido con la segunda presentación.
El poseedor no está obligado a entregar al girado la letra de cambio presentada para la aceptación. (t. VI, parág. 165, Nº 10, I), pág. 327).

Art. 2284. — La aceptación debe hacerse en la letra de cambio y expresarse con la palabra "aceptada" o "vista" u otra equivalente: debe ser firmada por el girado. La simple firma del girado puesta en el anverso de la letra importa su aceptación, aun cuando fuere girada a cierto tiempo vista.

Si la letra es pagadera a cierto tiempo vista o si en virtud de cláusulas especiales, debe ser presentada para la aceptación dentro de un término establecido, la aceptación debe contener la fecha del día en que se hace, a menos que el portador no exija que se ponga fecha de la presentación. Si se omite la fecha, el portador, para conservar sus derechos contra los endosantes y contra el librador, debe hacer constar esa omisión mediante protesto formalizado en tiempo útil.

Ver: arts. 24 de la L. U.; 30 de la Ley italiana Nº 1669; 126 parág. 1º y 2º del C. francés de comercio; 737, 738 y 739 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 27 del Proyecto del doctor Yadarola; 639 y 640 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
En esta materia no hay reforma fundamental de lo dispuesto en los arts. 639 y 640 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
La aceptación, elemento literal de la letra, debe expresarse en su anverso o en su reverso con locuciones como: **"aceptado"** o **"visto"**, u otra equivalente, casos en los cuales se dice que la declaración es formal, pero como también vale por aceptación la sola firma del girado estampada en el anverso, se dice que la aceptación es en **blanco.**
En principio no se requiere la expresión de la fecha, salvo que la letra sea girada a cierto tiempo **"vista"** o bien que en virtud de cláusula especial sea tal que deba presentarse dentro de un cierto tiempo, a menos que el portador no exija que se ponga la fecha de la presentación.
Faltando la fecha de la aceptación, deberá el poseedor probar mediante el protesto la falta de ella, como requisito a que se subordina su derecho de regreso contra los eventuales endosantes y el librador. (Messineo, t. VI, t. VI, parág. 165, Nº 10, pág. 328).

Art. 2285. — La aceptación debe ser pura y simple; el girado puede limitada a una parte de la cantidad.

Cualquier otra modificación hecha en la aceptación al contenido de la letra de cambio, equivale a negativa de aceptación.
Sin embargo el aceptante queda obligado en los términos de su aceptación.

Ver: arts. 25 L. U.; 31 de la ley italiana Nº 1669; 126 parág. 3º y 4º del C. francés de comercio; 11 Parág. único de la ley brasileña Nº 2044; 739 y 741 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 643 y 650 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 28 del Proyecto del doctor Yadarola.
El párrafo primero del presente artículo no es novedad alguna de nuestro derecho tradicional. El art. 643 de nuestro Código de comercio tampoco admite la aceptación condicional, pero sí que el aceptante puede limitar su aceptación a sólo una parte de la cantidad girada. Son principios propios del Derecho cambiario que la Convención de Ginebra mantiene intactos. Claro está que en la hipótesis de una aceptación limitada o parcial deberá el portador protestar por el resto.
La equiparación o negativa de aceptación de cualquier otra modificación introducida por el aceptante en la letra, tampoco es nueva, pues, así también lo estatuye el parágrafo 2º del art. 643 de nuestro Código de comercio, al autorizar al portador a rechazar cualquiera alteración, ya sea en cuanto a la cantidad, al vencimiento, al lugar o a la forma de pago. Y el art. 660 agrega que **"El tenedor que consiente en una aceptación condicional sin protestar, toma sobre sí todos los riesgos de la letra"** En principio y por aplicación de este precepto, el librador quedaría liberado de responsabilidad. Mas si la falta de aceptación se debe a no haber el librados hecho provisión de fondos, entiende Rébora que el tenedor que admitió la aceptación adicional debe conservar su acción contra el librador. (ver autor y opus cits. Nº 167, pág. 238, 3ª edición).

Art. 2286 — Si el librador ha indicado en la letra de cambio un lugar para el pago distinto del domicilio del girado, pero sin indicar una tercera persona en cuyo domicilio deba efectuarse el pago, podrá el girado indicarla en el momento de la aceptación. A falta de esta indicación, se considera que el aceptante queda obligado a pagar él mismo en el lugar del pago.
Si la letra es pagadera en el domicilio del girado, podrá éste indicar en la aceptación una dirección del mismo lugar en la cual el pago debe efectuarse.

Ver: art. 26 de la L. U; 32 de la Ley italiana Nº 1669; 127 del C. francés de comercio y ley francesa del 4 de setiembre de 1947; 743 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 641 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino; 29 del Proyecto del doctor Yadarola.
El art. 641 de de nuestro Código de comercio se limita a estatuir que: **"La aceptación de una letra pagadera en distinto lugar de la residencia del aceptante, tendrá precisamente la indicación del domicilio en que se haya de verificar el pago"**. Es la letra de cambio domiciliada.
Mas la Convención de Ginebra no impuso la obligación de indicar el domicilio en que haya de verificarse el pago de la letra de cambio domiciliada. Lo que por nuestro Código de Comercio es imperativo para el librador, por la Ley uniforme es facultativo. Puede el librador no indicar la persona que habitando fuera del domicilio del girado deba efectuar el pago de la letra, caso en el cual es potestativo del girado indicar esa persona al tiempo de aceptar la letra, bajo apercibimiento, diremos, de que no haciéndolo, se le considerará que queda obligado a pagarla él mismo en el lugar señalado para el pago
La segunda parte de nuestro artículo confiere al girado de una letra pagadera en su domicilio el derecho de indicar en la aceptación una dirección distinta de su domicilio, pero situada en el mismo lugar, donde el pago debe efectuarse.

Art. 2287 — Por la aceptación, el girado se obliga a pagar la letra de cambio a su vencimiento.
A falta de pago, el portador, aún cuando fuere el librador, tiene contra el aceptante una acción directa, que resulta de la letra de cambio, por todo lo que pueda ser exigido en virtud de los arts. 2309 y 2310.

Ver: arts. 27 de la L. U; 33 de la Ley italiana Nº 1669; 128 C. francés; 742 C. Federal suizo de las Obligaciones; 30 del Proyecto del doctor Yadarola; 647 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
Tampoco esta vez se advierte modificación substancial del art. 647 de nuestro Código de comercio, según el cual: **"La aceptación de la letra constituye al aceptante en la obligación de pagarla a su vencimiento, sin que pueda relevarlo de hacer el pago, la excepción de no haber hecho provisión de fondos el librador, ni se admite restitución ni otro recurso, contra la aceptación puesta en debida forma.**
"Solo cuando se probare que la letra es falsa, quedará ineficaz la aceptación
Tan estricto es el Derecho cambiario, dado el fin perseguido por el legislador de conferir al portador de la letra de cambio una seguridad de cobrarla sólo comparable a la del portador de monedas o de billetes de Banco, que al convertir al aceptante en deudor directo del portador de la letra, le destituye de todo pretexto para excusar la falta de pago, no sólo de las excusas contempladas en el art. 47 de nuestro C. de comercio, sino también de circunstancias parecidas, como el cambio de fortuna del librador, su muerte o incapacidad, otra causa que valga para extinguir su obligación (ver Rébora, opus cit. Nº 179, pág. 248, 3ª edición).
El girado se obliga no como fiador del librador, sino como co-deudor solidario. Decidiendo acerca de su obligación los tribunales franceses con arreglo al art. 128 del C. francés de ccmercio, reformado, en esta parte, conforme con la Ley uniforme de la Convención de Ginebra, acordaron que el derecho adquirido por el portador en relación a la obligación del aceptante, es independiente del derecho a la provisión que él posee de parte del librador; y que aún en la hipótesis en que la propiedad de la provisión no hubiera pasado al portador (como por ejemplo, si el dador, declarado en quiebra, habiendo endosado la letra y constituído la provisión en el período de sospecha), no sería él despojado de su derecho a reclamar del girado aceptante la ejecución de su obligación personal a su favor (Civ. 21 de marzo de 1939, in Dalloz, Petits Codes, 51ª edición pág. 265).

El in fine de nuestro artículo confiere al portador de la letra no aceptada la acción de regreso para reclamar: 1º el monto de la letra no aceptada, con sus intereses si se han indicado; 2º los intereses desde el vencimiento; 3º los gastos por el protesto, por los avisos dados y los otros gastos, cuestiones todas de que trataremos más adelante.

El parágrafo 3º del art. 742 del C. Federal suizo de las Obligaciones preceptúa que el aceptante no tiene contra el librador la acción llamada en francés de couverture, en alemán revalierugnsanspruch y que en castellano sería **acción de garantía**. Para darlo a comprender comparan Schneider y Fich las relaciones entre el aceptante y el librador con las del deudor principal y el fiador, y agregan que así como el deudor principal no tiene recurso de caución contra el fiador del mismo modo el aceptante no tiene acción de cambio contra el librador. El es deudor principal, el obligado final, de quien depende la deuda de cambio y que se ha obligado a pagar frente al librador. El girado sólo tiene acción contra el dador de la letra cuando las condiciones de derecho civil a que se subordina la creación de la letra y de la aceptación evidencian que es el dador y no el girado el que en realidad es el deudor de la suma mencionada en la letra. [illegible] [illegible] cuando ella no existe, el aceptante que ha pagado la letra deberá establecer en virtud de qué norma debe considerarse al librador como responsable ante él.

Eventualidad es ésta de la letra de cambio de favor (**complaisance**). A ha aceptado por favor a beneficio de B una letra de cambio girada a su orden, sobre él; B descuenta la letra en un Banco y recibe su valor. A su vencimiento, A paga la letra. Se entiende estipulado entre A y B que éste debe responder de todo daño a A porque éste ha obrado en calidad de prestamista o de fiador. Sin embargo A no podrá ejercer un recurso de cambio contra B y exigir de él el monto contra entrega de la letra. Sólo podrá ejercer contra él una acción civil ordinaria fundada en el hecho de haber consentido en obligarse principalmente por vía de cambio sólo por hacerle un favor y proporcionarle un crédito.
Autores alemanes de gran predicamento estimar que en la locución: "Sírvase pagar..." empleada en la letra de cambio hay un mandato civil del librador al girado, y que si éste lo acepta y ejecuta, posee una acción para el reembolso de sus gastos, consistentes en el valor de la letra. Mas Schneider y Fich juzgan que esta acción no es de cambio, sino sólo sometida a las reglas generales de las obligaciones civiles, en materia de prescripción, por ejemplo (ver autores y opus cits. t. II, nota 10, pág. 318).

Art. 2288. — Si el girado que aceptó la letra de cambio ha cancelado su aceptación antes de la restitución del título, la aceptación se considera rehusada. La cancelación se reputa hecha antes de la restitución, salvo prueba en contrario. No obstante la cancelación si el girado ha hecho saber por escrito su aceptación al portador o a uno cualquiera de los firmantes de la letra, quedará él obligado respecto de éstos en los términos de su aceptación.

Ver: arts. 28 L. U.; 34 Ley Italiana Nº 1669; 129 C. francés de comercio; contra: 740 C. Federal suizo de las Obligaciones; y 639 parág. 3º de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 31 del Proyecto del doctor Yadarola.
El parág. 3º del art. 639 de nuestro Código de Comercio preceptúa que: "**La persona a cuyo cargo se gira, no puede borrar ni retractar su aceptación, después de firmada**". Tradicional esta decisión puede versela igualmente en el parágrafo 1º del art. 740 del C. Federal suizo de las Obligaciones, según el cual: "**La aceptación, una vez dada, no puede ser retirada ni restringida, aun cuando el girado no haya devuelto todavía la letra de cambio al portador que se la ha presentado**".
Agrega su parágrafo 2º que: "**Si el propietario de la letra de cambio ha consentido que la aceptación sea retirada (tachada) o restringida, el aceptante no podrá oponer este consentimiento sino al que lo haya prestado y no a los otros interesados**".
No escapa a objeciones la solución del art. 639 inc. 3º de nuestro Código de comercio, por excesivamente rigurosa, pues, obligado por el mismo Código el girado a aceptar o no aceptar a la presentación de la letra, queda expuesto a aceptar sin tiempo suficiente para deliberar sobre su propia situación financiera, y sin derecho a pedir, como preceptúa nuestro art. 2283 que se le haga una segunda presentación al día siguiente a la primera. (ver Rébora, opus cit. Nº 177, pág. 247, 3ª edición).
Halla, empero, su justificación por los juristas suizos el art. 740 del Código Federal de las Obligaciones, como una excepción a la regla según la cual una declaración no obliga al que la hace sino cuando llega a conocimiento de aquellos a favor de quienes debe ella crear derechos, impuesta por la necesidad de evitar discusiones o controversias. Se agrega que la irrevocabilidad de la aceptación se explica en razón de que el girado no puede disponer de la letra, que pertenece al portador y que debe serle restituída sin alterarla (ver: Schneider y Fich, t. II, pág. 315).

CAPITULO IV

Del aval

Art. 2289. — El pago de la letra de cambio puede ser garantizado por un aval. Esta garantía puede ser otorgada por un tercero o por cualquiera de los signatarios de la letra.

Ver: arts. 29 de la L.U.; 35 de la Ley italiana Nº 1669; 130 parágrafos 1º y 2º del Código Civil francés;

14 de la Ley brasileña Nº 2044; 679 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 32 del Proyecto del doctor Yadarola.

El C. Federal suizo de las Obligaciones no trata especialmente del aval. Sólo lo menciona en sus arts. 725, 808 y 809, como si fuera superfluo definirlo y establecer reglas precisas a su respecto. Para dicho Código, el avalista no es sino un fiador solidario que puede dar su aval sobre el anverso o el reverso de la letra de cambio, en favor del librador, del aceptante o de un endosante, sea por el monto total de la letra de cambio o sólo por una parte de su valor. Desde el punto de vista formal, basta la firma del avalista, pero deberá agregar, como de costumbre las palabras: "por aval" con el objeto de definir la naturaleza de su obligación. Según el derecho cambiario suizo la mención firmada: "bon pour .." escrita en el dorso de la letra, constituye, no un endoso, sino un aval del librador. (ver: V. Rossel, t. II, Nº 434, pág. 236; Rébora, opus cit. Nº 248, 249, pág. 319 y ss.; Pontes de Miranda, opus cit. pág. 229 y ss.; Segovia, t. II, notas 2277 y 2279, pág. 220; Obarrio, t. II, Nº 206 y ss.; pág. 322 y ss.; Malagarriga, t. IV, pág. 277 y ss.; R. L. Fernández, t. III pág. 305 y ss.; M. A. Rivarola, t. IV, vol. II, Nº 1319, pág. 718 y ss.; Pardessus, t. I, Nº 394, pág. 489 y ss; Alauzet, t. IV, Nº 1384, pág. 239; Bravard-Veyrieres, t. III, pág. 303 y ss.; Lyon-Caen y Renault, t. IV, Nº 521, pág. 428 y ss; Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 11, pág. 330 etc.).

Art. 2290 — El aval será dado sobre la letra o sobre una hoja de prolongación. Se lo constituye con las palabras: "válido por aval" u otra fórmula equivalente, que debe ser firmada por el avalista.

Se considera otorgado el aval con la sola firma del avalista puesta en el anverso de la letra de cambio, salvo que esa firma fuese la del girado o el librador.

El aval debe indicar por cuenta de quién es otorgado. A falta de esta indicación se tendrá como dado por el librador.

Ver: arts. 30 de la L. U.; 35 de la Ley italiana Nº 1669; 130 parágrafos 3º a 6º C. francés de Comercio; 14 y 15 de la Ley brasileña Nº 2044; 680 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino; 33 del Proyecto del doctor Yadarola.

Siendo el aval una **garantía** del pago total o parcial de la letra ofrece tangencias con la fianza, de la que se distingue en que la obligación del avalista es **autónoma**, en cuanto su validez no depende de la validez de la obligación substancial garantizada, salvo el eventual **vicio de forma** de esta última que se comunica al aval y lo invalida.

El aval, empero, puede invalidarse por razones substanciales o formales intrínsecas y exclusivas.

Siendo así, subordinada la validez del aval a la validez formal de la obligación garantizada; es desde este punto de vista una obligación accesoria, pero por otro lado es una obligación **autónoma**, cómo toda obligación cambiaria, que sigue su propia suerte, independientemente de la suerte de la obligación garantizada. La declaración del avalista es **documental, unilateral y abstracta**. Como la obligación constituída por declaración del aceptante, no es receptiva. Supone una relación subyacente entre avalista y avalado, pero no entre avalista y el acreedor cambiario. La **relación básica** entre el avalista y el avalado, es **extracambiaria** y sin efecto respecto del tercero de buena fe poseedor de la letra, contra quien el avalista no puede oponer la excepción de falta o falsa causa, o causa ilícita.

Aun cuando la obligación del avalista es solidaria como hay fianza solidaria, ambas figuras son distintas. La obligación del fiador, substancialmente accesoria, puede ser invalidada por la invalidez substancial de la obligación principal y el fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competen al deudor principal y goza del beneficio de excusión, pero no de los privilegios de la obligación documental o cartular de la letra de cambio.

El aval puede darse por cualquiera de los firmantes de la letra: por el girado, por el librador, por el endosante o por otro avalista. En el silencio del avalista se interpreta que el aval se da por el librador, con efectos para todos los firmantes posteriores (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 11, pág. 330).

Art. 2291 — El avalista queda obligado en la misma medida que aquél por quien ha dado el aval.

Su obligación es válida aún cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier otra causa que no sea un vicio de forma.

El avalista que paga la letra de cambio adquiere los derechos que derivan de la letra contra el avalado y contra aquellos que están cambiariamente obligados hacia éste.

Ver: arts. 31 de la L. U; 37 de la ley italiana Nº 1669; 130 parágrafos 7 a 9 del C. francés de comercio; 15 de la ley brasileña Nº 2044; 34 del Proyecto del doctor Yadarola.

La obligación del avalista en la misma medida de aquél por quien dió su aval, estatuida por el presente artículo, significa, dice Messineo que el avalista se introduce, en el nexo cambiario; en el lugar y grado del avalado; de manera que, por el mismo título cartular (aceptación), libramiento, endoso), los obligados (y los patrimonios contra los cuales se debe proceder de excusión) son dos (o más, en caso de co-aval), en vez de uno solo, como ocurría originariamente.

"De ello se sigue, —agrega nuestro autor— que, si el aval es dado por el girado, no puede procederse de excusión contra el obligado de regreso sin haber procedido de excusión, no ya sólo contra el girado, sino también contra su avalista.

El acreedor puede proceder de excusión contra el avalista antes de hacerlo contra el girado-avalado, sin que éste pueda oponerle el beneficio de excusión.

Igualmente, si el aval se da por una obligación de regreso (librador, endosante etc. el avalista queda obligado también él, como obligado de repetición, y por eso el avalista responde en el respectivo modo y grado; y puede ser objeto de excusión, en lugar y antes del respectivo avalado (sin poder invocar el beneficio de excusión. (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 11, k), pág. 332).

CAPITULO V

Del vencimiento

Art. 2292 — La letra de cambio puede ser girada:
a la vista; a cierto tiempo vista; a cierto tiempo fecha; a día fijo.
Las letras de cambio giradas a otros vencimientos de los indicados o a vencimientos sucesivos, son nulas.

Ver: art. 33 L. U; 38 de la Ley italiana Nº 1669; 131 C de comercio francés; 17 de la Ley brasileña Nº 2044; 609 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 35 del Proyecto del doctor Yadarola.
A tenor de lo dispuesto por el inc. 4º de nuestro art. 2256 la indicación del vencimiento del plazo a que la letra es girada, es requisito esencial a la validez formal de la letra de cambio.
El presente artículo no altera sustancialmente lo preceptuado por el art. 609 de nuestro C. de comercio.

Art. 2293 — La letra de cambio a la vista es pagadera a su presentación. Ella debe presentarse para el pago dentro del plazo de un año desde su fecha. Puede el librador abreviar o prolongar este plazo. Estos plazos pueden ser abreviados por los endosantes.
Puede el librados disponer que una letra de cambio pagadera a la vista no sea presentada al pago antes de cierta fecha. En este caso el término de presentación corre desde esta fecha.

Ver: arts. 33 de la L. U.; 39 de la Ley italiana Nº 1669; 132 C. francés de comercio; 750 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 17 de la Ley brasileña Nº 2044; 36 del Proyecto del doctor Yadarola; 610 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
La presentación de las letras pagaderas a la vista es a los efectos del pago y no de su aceptación, dado el derecho del portador de exigir de inmediato el pago.
La aceptación previa de letras a la vista sería en la práctica excepcional, fuera de que el portador no se daría por satisfecho con ella teniendo que presentarla por segunda vez para su pago. El girado que a la presentación de una letra librada a la vista se negara al pago sin aceptarla previamente, no incurriría en la negación del pago en los términos del Derecho cambiario, porque al portador le asistiría el derecho de demandar su pago inmediatamente después.
Nuestro artículo, como su fuente, y el 750 del C. Federal suizo de las Obligaciones, preceptúa que a falta de indicaciones del librador, las letras giradas a la vista deben presentarse para el pago dentro de un año computado desde su fecha, plazo que el librador puede abreviar o prolongar. Los endosantes sólo pueden abreviar estos plazos. Estatuye a este propósito el art. 750 del C. Federal suizo de las Obligaciones que el **"endosante de una letra de cambio a la vista que ha indicado en su endoso determinado para su presentación, queda liberado de las obligaciones especiales derivadas de la letra de cambio, si la presentación no se efectúa en ese plazo".**
Mira esta disposición a proteger al librador y a los endosantes impidiendo que su obligación sea dilatada de manera ilimitada por capricho de un portador cualquiera. La reducción del plazo de presentación que un endosante pueda hacer, no extiende sus efectos a la obligación de los otros endosantes.
No pagándose la letra a su presentación, deberá el portador labrar protesto para salvaguardar sus derechos de cambio.

Art. 2294. — El vencimiento de la letra de cambio a cierto tiempo vista se determina por la fecha de la aceptación o la del protesto.
A falta de protesto la aceptación que no indique fecha se reputa otorgada respecto del aceptante, el último día del plazo establecido para la presentación a la aceptación.

Ver: art. 34 de la L. U.; 40 de la Ley italiana Nº 1669; 133 parágrafos 1º y 2º del C. francés de comercio; 17 parág. 2º de la Ley brasileña Nº 2044; 751 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 611 y 652 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
Por oposición a lo dispuesto respecto de las letras pagaderas a la vista, las giradas a "días o meses vista" deben ser presentadas previamente para su aceptación y su vencimiento se determina desde el día siguiente de la presentación o del protesto por el término fijado en la letra para el pago.
El parágrafo 2º de nuestro artículo agrega que no formalizándose protesto, la aceptación que no indique fecha, se reputa otorgada por el aceptante para ser pagada el último día del plazo establecido para la aceptación.

Art. 2295. — La letra de cambio girada a uno o varios meses de la fecha o de la vista, vence el día correspondiente del mes en el cual el pago debe efectuarse.
En defecto del día correspondiente, la letra de cambio vence el último día del mes.
Si la letra ha sido girada a uno o más meses y medio de la fecha o de la vista, se computan primero los meses enteros.

Si el vencimiento ha sido fijado para el principio, la mitad (mitad de enero, mitad de febrero, etc.) o para el final del mes, la letra vence, respectivamente, el primero, el quince, o el último día del mes.

Las expresiones **"ocho días"** o **"quince días"**, se entienden, no una o dos semanas, sino un plazo de ocho o de quince días.

Las expresiones **"medio mes"** indican un término de quince días.

Ver: arts. 35 L. U.; 41 de la Ley italiana Nº 1669; 133 parág. 3º a 7º del C. francés de comercio; 17 parág. 3º de la Ley brasileña Nº 2044; 751 parágrafos 2º y 3º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 613 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 38 del Proyecto del doctor Yadarola.
La computación de los plazos establecidos en el presente artículo debe hacerse conforme con los arts. 621 a 636 del presente Código (ver Rébora, opus cit. Nº 89 bis, pág. 151, 3ª edición).

Art. 2296. — Si la letra de cambio es pagadera a día fijo en un lugar en que el calendario es diferente del calendario del lugar de su emisión, la fecha de vencimiento se entiende fijada según el calendario del lugar del pago.

Si una letra de cambio entre dos plazas regidas por calendarios distintos, es pagadera a cierto tiempo de la fecha, el vencimiento se establece contando desde el día que, según el calendario del lugar del pago, corresponda al día del libramiento de la letra.

Los términos de presentación de las letras de cambio se calculan de conformidad a las disposiciones del apartado precedente.

Estas disposiciones no se aplican si una cláusula inserta en la letra de cambio o bien las simples enunciaciones del título indican que la intención ha sido adoptar normas distintas.

Ver: arts. 36 de la L. U.; 42 de la Ley italiana Nº 1669; 134 C. francés de comercio; 18 de la Ley brasileña Nº 2044; 753 del C. Federal suizo de las Obligaciones.
En Rusia, en Grecia y los países del Levante rige el calendario juliano, llamado "de antiguo estilo". Este calendario retarda 13 días el calendario Gregoriano, usado en América y las naciones de la Europa central. Así, el 15 de julio de nuestro Calendario, corresponde al 2 de julio del calendario juliano.
El presente artículo sólo es aplicable al vencimiento de las letras de cambio libradas desde Rusia, Grecia o los países del Levante y pagaderas a día fijo en el Paraguay. Se deberá agregar 13 días a la fecha del libramiento de la letra, pero no a su vencimiento. (ver Rébora, opus cit. Nº 353, pág. 420, 3ª edición)).

CAPITULO VI

Del pago

Art. 2297. — El portador de una letra de cambio pagadera a día fijo, o a cierto tiempo fecha o vista, debe presentarla para ser pagada el día en que ella es pagadera o en uno de los días hábiles siguientes.

La presentación de la letra de cambio a una Cámara de Compensación equivale a su presentación para el pago.

Ver: arts. 37 de la L. U.; 43 de la Ley italiana Nº 1669; 135 C. francés 20 parágrafo 1º de la Ley brasileña Nº 2044; 755 C. Federal suizo de las Obligaciones; 654 y 655 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino; 40 del Proyecto del Dr. Yadarola.
Si la letra de cambio no está endosada, su portador legítimo será el tomador de ella. Portador de la letra es el que está en legítima posesión de ella. Basta esta posesión para presentarla al girado para que la pague o para protestar por falta de aceptación. Menester será que la cadena de los endosos a partir del endoso del primer tomador hasta el portador actual de la letra no presente lagunas y que el que libró la letra y la puso en circulación aparezca él mismo en la letra como endosatario. El primer endoso debe partir del tomador. Los siguientes endosos deben ser suscritos de tal manera que el suscritor de uno de ellos figure como endosatario en los endosos precedentes.
Si el último endoso es en blanco, todo portador de la letra será considerado como legitimado para ejercer la acción de cambio o para firmar otro endoso.
Si la cadena de los endosos aparece interrumpida por un endoso que no proviene del endosatario precedente, o cuando éste no es en blanco, la cadena deja de existir y los endosantes posteriores no serán considerados como legítimos portadores en relación a los endosantes precedentes, ni en relación al aceptante, ni de los endosantes subsiguientes, siquiera éstos constituyan entre ellos otra cadena ininterrumpida. Un endosatario no puede adquirir derechos de un endosatario aislado, y un endoso no es válido sino figura en una letra de cambio regular por su forma, y si no existe una relación continua entre ese endoso y los endosos precedentes.

La cuestión de saber si existe una cadena ininterrumpida de endosos se establece según la continuidad de las declaraciones hechas en la letra, y no según las fechas y las otras circunstancias resultantes de la emisión de ella.

Un endoso falso o firmado por un incapaz bastará para continuar la cadena de los endosos y establecer la legitimación del portador con tal que el adquirente haya obrado de buena fe o no haya incurrido en culpa grave.

Por Derecho suizo (art. 755 In fine del C.F.S. de las Obligaciones) "El que paga no está obligado a verificar la autenticidad de los endosos"; sólo debe asegurarse de la presencia de la legitimación del portador. No le será necesario al deudor comparar las firmas de los endosantes con los nombres indicados en los endosos, y cuestionar las pequeñas divergencias exteriores que podrían encontrarse en la ortografía de los nombres, por ejemplo, siempre que no tenga dudas sobre la identidad de esas personas. Debe el deudor tener la certidumbre de la identidad de la persona que le presenta la letra de cambio (ver Schneider y Fick, obra cit. t. II, pág. 333).

Debido a que entregará el portador legitimado para presentar la letra a pagos en la fecha fijada en ella o bien a su vencimiento para que la pague según que dicha letra contenga la cláusula a la vista o a tiempo vista. Lo mismo procederá si la letra es girada a cierto tiempo vista o simplemente vista. Si el vencimiento coincide con un día inhábil, la presentación se hará al día siguiente hábil.

Si así no lo hiciere, el portador perderá su acción de regreso, como lo explicaremos más adelante, o podría ver decaído su derecho por la prescripción.

La presentación de la letra a una Cámara de Compensación equivale a su presentación para el pago (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 20, pág. 352).

Art. 2298. — La letra de cambio debe presentarse para el pago en el lugar y dirección indicados en el título.

No indicándose en la letra la dirección, debe presentársela para el pago:

1º) En el domicilio del girado o de la persona designada en la misma letra para efectuar el pago por el girado.

2º) En el domicilio del aceptante por intervención de la persona designada en la misma letra para efectuar el pago por éste.

3º) En el domicilio de la persona indicada al efecto.

Ver: art. 44 de la Ley italiana Nº 1669; 20 incisos 1º y 2º de la Ley brasileña Nº 2044; 41 del Proyecto del doctor Yadarola; 655 y 656 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Art. 2299. — El girado que paga la letra de cambio puede exigir que ésta le sea entregada con la constancia del pago que ha hecho, puesta en la misma letra.

El portador no puede rechazar un pago parcial.

En caso de pago parcial, puede el girado exigir que se anote en la misma letra el pago que ha efectuado y, además, que se le otorgue recibo.

El portador debe protestar la letra por el excedente.

Ver. arts. 38 de la L. U.; 45 de la ley italiana Nº 1669; 136 C. francés de comercio; 757 y 758 C. Federal suizo de las Obligaciones; 22 parágrafos 1º y 2º de la Ley brasileña Nº 2044; 695 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 42 del Proyecto del doctor Yadarola.

El derecho del girado que paga a rescatar la letra con recibo de finiquito o cancelación, es de derecho común, como lo estatuye nuestro art. 820.

La obligatoriedad de la aceptación del pago parcial de una letra de cambio es uno de los casos de excepción a la regla de nuestro art. 803 según el cual: "El acreedor puede rechazar un cumplimiento parcial aun cuando la prestación sea divisible". En el caso del pago parcial autorizado por el presente artículo, la ley facilita la liberación del girado, aunque sea parcialmente, sin perjuicio del derecho del portador a protestar por el excedente.

Art. 2300. — El portador de la letra de cambio no está obligado a recibir el pago antes de su vencimiento.

El girado que paga antes del vencimiento lo hace a su riesgo y peligro.

El que paga la letra de cambio a su vencimiento queda válidamente liberado a menos que al hacerlo haya procedido con dolo o culpa grave; él está obligado a verificar la regular continuidad de los endosos, pero no a verificar la autenticidad de las firmas de los endosantes.

Ver: arts. 39 de la L. U.; 46 de la Ley italiana Nº 1669; 137 C. francés de comercio; 22 parág. 1º de la Ley brasileña Nº 2044; 760 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 43 del Proyecto del doctor Yadarola. Los dos primeros parágrafos del presente artículo son substancialmente idénticos a lo dispuesto por el art. 760 del C. Federal suizo de las Obligaciones que, según Schneider y Fick constituye una excepción al art. 81 del mismo Código, según el cual "Puede el deudor ejecutar su obligación antes de su vencimiento si la intención contraria de las partes no resulta de las cláusulas o de la naturaleza del contrato, ni de las circunstancias". Con las letras de cambio, —agregan— los pagos anticipados a su vencimiento son frecuentes, sea para aprovechar cotizaciones favorables, sea en previsión de un cambio monetario etc. Existen, sin embargo, otras personas en la letra de cambio distintas al portador y al girado, con interés a que el pago tenga lugar precisamente en la época indicada en la letra y no en otro momento. Tal es la razón por la cual se dispone que el girado que paga antes del vencimiento, lo hace a su riesgo y peligros. Si la letra de cambio se extravía, o si se ha cometido un error con la primera o la segunda de cambio, el girado o el que por él intervenga no se liberan por el pago hecho antes de su vencimiento al portador

desleal, pero queda obligado por su aceptación, y si no la ha aceptado, no podría acreditar la provisión en la cuenta del librador.
La doctrina del presente artículo es admitida por la doctrina alemana en materia de cambios. (ver autores y opus cit. t. II, pág. 339).
Rébora estima que la regla de nuestro artículo es aplicación de la norma según la cual el plazo se entiende establecido en interés de deudor y acreedor, consagrado por el art. 570 del Código argentino y por el 625 del presente Código. (ver autor y opus cits. Nº 262, pág. 335, 3ª edición).
Cuanto á lo dispuesto por el parágrafo 3º del presente artículo, no hace falta mucha explicación para entender que el deudor que paga la letra a su vencimiento queda liberado, a menos que al hacerlo haya procedido con dolo o culpa grave.
El girado que a sabiendas del extravío de la letra la pagase al portador desleal sin otro propósito que el de perjudicar al propietario legítimo de ella, incurriría en la sanción de dolo, y no quedaría liberado. Lo mismo ocurriría si el girado incurriese en culpa grave, la cual está asimilada al dolo.
Lo que sigue del mismo parágrafo en relación a la diligencia que debe observar al tiempo del pago, limitado a comprobar sólo la regular continuidad de la cadena de endosos, pero no a verificar la autenticidad de las firmas de los endosantes, lo hemos explicado en nuestra apostilla al art. 2297 del presente Código. Esta doctrina es anterior a la Convención de Ginebra.

Art. 2301 — Si la letra de cambio es pagadera en moneda que no tiene curso en el lugar del pago, el importe puede ser pagado en la moneda de la República al cambio corriente en el mercado libre del día del vencimiento. Si el deudor se halla en retardo, el portador puede, a su elección, exigir que el importe le sea pagado al cambio del día del vencimiento o del día del pago. El valor de la moneda extranjera se determina por su curso en el mercado libre de cambio. Sin embargo, el librador puede disponer que la suma a pagarse se calcule según el curso del cambio que se indique en la letra. Las reglas precedentes no se aplican en el caso en que el librador ha dispuesto que el pago se efectúe en una moneda determinada (cláusula de pago efectivo en una moneda extranjera).
Si la cantidad se ha indicado en una moneda que tiene igual denominación pero distinto valor en el país donde la letra ha sido librada y en el del pago, se presume que la indicación se refiere a la moneda del lugar del pago.

Ver: arts. 40 de la L. U; 47 de la ley italiana Nº 1669; 138 del C. francés de comercio; 25 de la Ley brasileña Nº 2044, 755 del C. federal suizo de las Obligaciones; 44 del Proyecto del doctor Yadarola.
El art. 63 del Decreto-Ley Nº 18 del 25 de marzo de 1952 de creación del Banco Central del Paraguay, prohibe, bajo pena de nulidad, **"toda cláusula calificativa o restrictiva, que imponga pagos en plata u oro metálico, monedas o divisas extranjeras o en cualquier otra unidad monetaria que no sea el "guaraní"**, excepto a **"las obligaciones que establecen pagos desde el Paraguay al exterior o desde el exterior al Paraguay"**, y otros casos que no interesan a nuestro estudio.
Así, por venta de mercaderías hechas desde el extranjero al Paraguay, pagaderas contra entrega de los documentos de embarque y factura consular, regularmente confiados a uno de los Bancos locales, se giran letras de cambio a cargo del comprador, cifradas en divisas de cotización internacional, como el dólar, la libra esterlina, el marco alemán, el franco suizo etc., para pagar las cuales debe el girado adquirir en el mercado libre de cambio y al tipo de cotización del día del pago el monto de la obligación en giro a la orden del librador. El girado-deudor adquiere a cambio de guaraníes el giro librado a la orden del vendedor. Como para muchas exportaciones se estipula con la firma extranjera compradora la apertura de un crédito irrevocable que el exportador puede descontar, siquiera parcialmente, pero con la garantía de un tercero, es de norma que el Banco respectivo anticipe el monto del descuento contra un pagaré del fiador cifrado en la moneda de pago: dólares, libras esterlinas, francos suizos etc., de acuerdo a la excepción antes mencionada a la regla del art. 63 de la Ley Orgánica del Banco Central. Si en este último caso, el pagaré suscrito a la orden del Banco no es cancelado por la prueba de la exportación de los productos vendidos al comprador del extranjero, podrá el Banco, en caso de demora del deudor, exigir su pago al cambio del día del vencimiento o del día del pago, como lo preceptúa el presente artículo.
El art. 40 de la Ley uniforme de la Convención de Ginebra preceptúa que: **El valor de la moneda extranjera se determina por los usos del lugar del pago.** Mas como por el presente Código, los usos carecen de valor jurídico, substituimos lo dispuesto en la fuente de nuestro artículo por la determinación del valor de la moneda extranjera por su curso en el mercado libre de cambios, tal como lo estableció el propio Banco Central.
La facultad conferida al librador de establecer en la letra que su monto se calcule según el curso del cambio indicado por él en la letra, es liberalidad admitida para alentar nuestro comercio internacional. El deudor es libre de aceptar o rechazar una estipulación semejante. Mas esta regla no se aplica cuando el librador extranjero ha dispuesto que el pago se efectúe en una moneda determinada (cláusula de pago efectivo en moneda extranjera). Tampoco el girado está obligado a aceptar cláusula semejante.
El in fine de nuestro artículo es conforme con las reglas universales del pago.

Art. 2302. — No presentándose la letra de cambio para su pago el día de su vencimiento, todo deudor tiene la facultad de depositar su importe en poder de la autoridad competente, a costa, riesgo y peligro del portador del título.

Para las letras de cambio pagaderas en el territorio de la República la autoridad competente para recibir el depósito hecho en el Banco de Estado es el juez de Primera Instancia en lo Civil de turno.

Ver: arts. 41 de la L. U.; 48 de la Ley italiana Nº 1669; 139 del Código francés de comercio reformado por

el Decreto-Ley del 31 de agosto de 1937; 26 de la Ley brasileña Nº 2044; 159 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 45 del Proyecto del doctor Yadarola.
La regla del presente artículo, omitida en nuestro Código de Comercio, no es novedad legislativa, estatuida como fue en el art. 759 del C. Federal suizo de las Obligaciones con mucha anticipación a la Ley uniforme de la Convención de Ginebra.
Dada la naturaleza de los valores a la orden destinados a la circulación, mal puede el deudor saber quién haya de ser el propietario de la letra en el momento del pago, ni a quien habrá de pagarla. Tal es la razón por la cual la deuda de cambio es generalmente, como enseñan Schneider y Fick, una deuda requerible o sea deuda cuyo acreedor debe ir ante el girado a requerirle la aceptación y el pago, por oposición a lo dispuesto por nuestro art. 804 parágrafo 3º, según el cual: **La obligación que tiene por objeto una suma de dinero debe cumplirse en el domicilio que el acreedor tenga a su vencimiento**, regla idéntica a la del inc. 1º del art. 74 del C. Federal suizo de las Obligaciones y el parágrafo 1º del art. 270 del Código alemán. Mas como por el presente Código no rige el principio **dies interpellat pro homine** y el girado no puede así incurrir en mora sin interpelación, ni está por consiguiente obligado a consignar el monto de la letra girada a su cargo, la ley, con mirada tutelar, le faculta a consignarla en poder de la autoridad competente, a costa, riesgo y peligro del portador del título, autoridad que en nuestro país es el juez de primera instancia en lo civil de turno. La consignación produce el efecto de liberar al aceptante, desde el día en que tiene lugar, de todo lo que concierne a su obligación de pagar intereses moratorios. Tiene, además, la ventaja de no seguir teniendo a su disposición la suma debida hasta el momento de la prescripción. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 338).

CAPITULO VII

De los recursos por falta de aceptación y falta de pago, de los protestos y del recambio.

Art. 2303. — La acción cambiaria es directa o de regreso; directa contra el aceptante y sus avalistas; de regreso contra todo otro obligado.

Ver: arts. 49 de la Ley italiana Nº 1669; 46 del Proyecto del doctor Yadarola.
El presente artículo contempla la hipótesis de que la letra no sea pagada, ni por el girado, ni por el avalista de él, ni por un interviniente por él, por lo que la ley pone a disposición del tenedor de la letra de cambio dos vías de acción: 1ª la acción ejecutiva contra el girado o el avalista de él, fundado exclusivamente en documentos: letra de cambio; declaraciones estampadas en ella; eventuales documentos accesorios; acta de protesto; diligencia de embargo etc.;
2ª la acción también ejecutiva pero de regreso o de cognición contra los garantes del girado (y sus avalistas), o sea, contra un endosante (o el respectivo avalista), o contra el librador (o respectivo avalista) (ver: Messineo, t. VI, parág. 165, A), pág. 359).

Art. 2304. — El portador puede ejercer las acciones cambiarias de regreso contra los endosantes, el librador y los otros obligados:

a) Al vencimiento, si el pago no se ha efectuado;

b) Aún antes del vencimiento:

1º Si la aceptación ha sido rehusada en todo o en parte.

2º En caso de concurso del girado, haya o no aceptado, o de cesación de pagos aunque no mediare declaración judicial, o cuando hubiere resultado infructuosa una orden de embargo definitivo de sus bienes.

3º En caso de concurso del librador de una letra no aceptada.

Ver: arts. 42 de la L. U; 50 de la Ley italiana Nº 1669; 147 del Código francés, menos su parte in fine; 37 de la Ley brasileña 2044; 762 y 767 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 47 del Proyecto del doctor Yadarola; 726 y 727 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
El acreedor cambiario, no pagado por el deudor principal, dice Messineo, puede optar por ejercer la **acción de regreso** contra los garantes, o sea contra los obligados de regreso, porque la considere, en el caso concreto, más eficiente que la acción **directa** (ejecutiva o de cognición, más larga y compleja) contra el girado, en cuanto algún deudor de regreso es garante solidario, **in solidum**.
El regreso presupone, de ordinario, la falta de pago y, antes, que haya llegado (infructuosamente) el vencimiento de la letra. Pero además del caso de la falta de aceptación, el portador de la letra puede ejercer el regreso aun **antes del vencimiento**. Esto, en los casos de concurso o falencia del girado (haya aceptado o no); de su cesación en los pagos (aun cuando no se haya constatado por sentencia); de infructuosa ejecución sobre sus bienes (por parte de terceros, pues, el portador no ha podido proceder contra dichos bienes antes de vencer la letra); o bien de concurso del librador (ver autor y opus cits. t. VI, Nº 22, pág. 360)).

Art. 2305 — La negativa de la aceptación o del pago debe hacerse constar por acto auténtico (protesto por falta de aceptación o de pago).

El protesto por falta de aceptación debe ser formalizado en los términos fijados para la presentación de la letra para su aceptación. Si la primera presentación, en el caso previsto por el art. 2283, primer apartado,

ha tenido lugar el último día del plazo, el protesto puede efectuarse al día siguiente.

El protesto por falta de pago de una letra de cambio pagadera en día fijo o a cierto tiempo fecha o vista debe formalizarse en uno de los días hábiles siguientes al día en el cual la letra debe pagarse. Si se trata de una letra pagadera a la vista, el protesto debe formalizarse de conformidad con las reglas establecidas en el apartado precedente relativo al protesto por falta de aceptación.

El protesto por falta de aceptación dispensa de la presentación al pago y del protesto por falta de pago.

En caso de cesación de pagos del girado, haya o no aceptado, o en caso de haber resultado infructuoso el embargo sobre sus bienes, el portador no puede ejercer la acción de regreso sino después de haber presentado la letra al girado para el pago y de haber formalizado el protesto.

En caso de concurso del girado, haya o no aceptado, lo mismo que en caso de concurso del librador de una letra no aceptable, bastará la presentación de la sentencia declarativa del concurso para que el portador pueda ejercecer la acción de regreso.

Ver: arts. 43 de la L. U; 51 de la Ley italiana Nº 1669; 148 del C. francés de comercio; 48 del Proyecto del doctor Yadarola; 651; 662 (en contra de lo dispuesto en apartado 4º del presente artículo); 702 de los códigos de comercio paraguayo y argentino y Rébora, opus cit. Nos. 182, 260 y 297.

La formalización del protesto en tiempo oportuno es condición a que se subordina la acción de regreso, bajo pena de la preclusión de su vía y de ver perjudicada la letra.

Acto solemne el protesto se endereza a la comprobación cierta de la denegación de pago y a la constitución en mora al deudor, el cual, por ser tal, debe revestir la forma del instrumento público de un acta notarial labrada en el día hábil siguiente a la fecha en que la letra debe ser pagada, a menos que siendo ésta a la vista deba el protesto formalizarse en los términos fijados para su presentación para la aceptación de ella.

La unidad del acto es de rigor en el protesto, labrado en el lugar en que la letra debe ser presentada y contra las personas indicadas, estén o no presentes.

Debe el escribano formalizar el protesto en la propia letra o en un acto separado de ella.

No excusan la obligación de formular el protesto la incapacidad, ni la muerte, ni la cesación de pagos de la persona a quien la letra debe ser presentada. Sólo por quiebra declarada en juicio se está dispensado de formular el protesto.

Además de la carga del protesto debe el portador de la letra dar aviso de la falta de pago al endosante y al librador dentro de los cuatro días hábiles siguientes al día del protesto, aviso que puede hacerse en una forma cualquiera, incluso por el mero reenvío de la letra. Mira este aviso a dar a conocer al obligado de regreso la eventualidad de tener que efectuar el pago, por no haberlo efectuado el girado, obligado principal. En el mismo término deba darse aviso al avalista, al signatario de la letra (avalado).

Sólo formalizado el protesto y dado los avisos mencionados, podrá el tenedor de la letra ejercer su acción de regreso, que consiste en pedir al legitimado pasivo, objeto de excusión: el monto de la letra y sus intereses; desde el vencimiento de la letra a la tasa legal o a la tasa indicada en la propia letra, y los gastos irrogados por la formalización del protesto y los avisos y demás gastos.

Art. 2305. — El portador debe dar aviso de la falta de aceptación o de pago a su propio endosante y al librador dentro de los cuatro días hábiles siguientes al día del protesto o de la presentación, si figura la cláusula: "sin gastos".

Todo endosante, en los dos días hábiles siguientes al día en que recibió el aviso, debe informar al anterior endosante del aviso recibido, indicando los nombres y las direcciones de aquellos que dieron los avisos anteriores, y así sucesivamente, hasta llegar al librador. Los términos indicados corren desde la recepción del aviso anterior.

Si de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, el aviso se da a un firmante de la letra, análogo aviso y dentro de iguales términos debe darse a su avalista.

Si un endosante no ha indicado su dirección o la ha indicado de una manera ilegible, basta que el aviso sea dado al endosante que le precede.

El que debe dar aviso puede hacerlo en cualquier forma, aun mediante el simple envío de la letra. Debe él probar que ha dado el aviso en el término establecido. Se considera que el término ha sido observado si se ha enviado por correo dentro de dicho plazo, una carta contentiva del aviso.

El que omite dar el aviso en el término arriba indicado, no pierde la acción de regreso; sin embargo, es responsable por su negligencia si ha

causado algún perjuicio, sin que el monto del resarcimiento pueda exceder del valor de la letra.

Ver: arts. 44 de la L. U.; 52 de la Ley italiana Nº 1669; 149 del C. francés de comercio; 30 de la Ley brasileña Nº 2044; 49 del Proyecto del doctor Yadarola; 663 y 664 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Art. 2307. — El librador, el endosante, o el avalista pueden, por medio de la cláusula "retorno sin gastos", o "sin protesto", o cualquier otra equivalente, escrita y firmada en el título, dispensar al portador de formalizar el protesto por falta de aceptación o de pago, para ejercer la acción de regreso.

Esta cláusula no exime al portador de la obligación de presentar la letra de cambio en los términos prescriptos ni de dar los avisos. La prueba de la inobservancia de los términos incumbe a aquél que la invoca contra el portador.

Si la cláusula ha sido puesta por el librador, ella produce sus efectos con relación a todos los signatarios; si ha sido puesta por un endosante o un avalista ella produce efectos sólo respecto de éstos. Si, no obstante la cláusula puesta por el librador, el portador formaliza el protesto, los gastos quedan a su cargo. Cuando la cláusula emana de un endosante o de un avalista, los gastos del protesto que fuere formalizado, pueden repetirse contra todos los signatarios.

Ver: arts. 45 de la L. U.; 53 de la Ley italiana Nº 1669; 763 del C. Federal suizo de las Obligaciones, 150 C. francés de comercio; 50 del Proyecto del doctor Yadarola.
La cláusula "sin protesto" o "retorno sin gastos", es la idéntica "Sans frais" o "S. F." del Derecho cambiario francés y la "Ohne Prajudiz" o "Kostenfrei" del Derecho alemán.
Por Derecho suizo la cláusula citada puede ser establecida fuera de la letra, y resultar de otros actos, como la correspondencia y hasta oralmente. La Ley Uniforme de la Convención de Ginebra estatuyó lo contrario, como reza nuestro artículo. Debe ella ser escrita y firmada en la letra, porque constituye un agravamiento de la posición de aquel de quien emana en cuanto por ella se priva de la prueba cierta de la presentación de la letra y se responsabiliza aun en el caso de no habérsela presentado.

Art. 2308. — Todos los que hayan girado, aceptado, endosado o avalado una letra de cambio están solidariamente obligados hacia el portador.

El portador tiene el derecho de accionar contra todas esas personas individual o colectivamente sin estar obligado a observar el orden en que ellas se han obligado.

El mismo derecho pertenece a todo signatario de una letra de cambio que ha reembolsado su importe.

La acción intentada contra uno de los obligados no impide la acción del portador contra los otros, aun cuando sean posteriores al que ha sido demandado en primer término.

Ver: art. 46 de la L. U.; 54 de la Ley italiana Nº 1669; 151 del C. francés de comercio; 43 de la Ley brasileña Nº 2044; 808 C. Federal suizo de las Obligaciones; 51 del Proyecto del doctor Yadarola; 735 y 736 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.
La expresión **"solidariamente obligados"** que dice nuestro artículo no quiere decir que la solidaridad de que se trata sea de correalidad legal, que obligue a cada correus a pagar la totalidad con el efecto de que el pago hecho por uno libere a los otros. Hablando con propiedad diremos que se trata de un caso de **obligación in solidum**, caracterizada por la independencia o autonomía de la obligación asumida por cada signatario de la letra, sin que el pago hecho por uno libere a los otros. Bien la caracteriza el art. 735 de nuestro Código de Comercio al estatuir que: **"La letra de cambio constituye relativamente a cada uno de los que la firman, una obligación distinta y personal. Todos los endosantes son garantes del pago de la suma total, no sólo hacia el portador, sino (también) hacia los endosantes que siguen; y no pueden librarse (eximirse) los unos respecto de los otros, sino pagando la totalidad del crédito, ni exigir que el portador ocurra antes a los co-deudores más próximos en el orden de los endosos".** Ocioso es que la correalidad romana o solidaridad perfecta de nuestro derecho produce los efectos reales u objetivos de nuestro art. 988, tal como lo estatuyó el Código romano en el Título de Duobus reis del Digesto, y tal como magistralmente lo explicó Demangeat (Des Obligations Solidaires, edic. Paris 1858).
Análoga es la caracterización de la solidaridad de los signatarios de la letra de cambio del art. 43 de la Ley brasileña Nº 2044.

Art. 2309. — El portador puede reclamar de aquel contra quien ha entablado la acción de regreso:

1º el monto de la letra no aceptada o no pagada, con los intereses si se han indicado;

2º los intereses desde el vencimiento en medida igual a la indicada en el título a tenor de lo dispuesto en el art. 2260 o, en su defecto, a la tasa legal;

3º los gastos por el protesto, por los avisos dados y los otros gastos.

Si la acción de regreso se ejerce antes del vencimiento, se deducirá un descuento del importe de la letra. Tal descuento se calculará sobre la base de la tasa legal vigente a la fecha del regreso en el lugar del domicilio del portador.

Ver: arts. 47 de la L. U.; 55 de la Ley italiana Nº 1669; 152 del C. francés de comercio 768 y 808 C. Federal suizo de las Obligaciones; 49 y 50 de la Ley brasileña Nº 2044; 52 del Proyecto del doctor Yadarola.
El presente artículo define el contenido de la llamada cuenta de retorno que sólo podrá formularse después del aviso que el tenedor de la letra debe dar al endosante y al librador (obligados de regreso) y luego de haberlo constituído en mora.
Si la acción de regreso es ejercida antes del vencimiento de la letra, se deducirá del monto de ella la ganancia o el interés de cierto tiempo, **interusurium**, calculado sobre la tasa del interés bancario vigente a la fecha del regreso en el lugar del domicilio del portador. (ver: Messineo, t. VI, B), pág. 364).

Art. 2310. — El que ha reembolsado la letra de cambio puede reclamar de sus garantes:

1º la suma íntegra desembolsada;

2º los intereses sobre la suma en medida igual a la indicada en el título a tenor del art. 2260 o, en su defecto, a la tasa legal, desde el día del desembolso; y

3º los gastos soportados.

Ver: art. 48 de la L. U.; 56 de la Ley italiana Nº 1669; 163 C. de comercio francés; 53 del Proyecto del doctor Yadarola; 769 del C. Federal suizo de las Obligaciones.
La acción de regreso **por reembolso**, a que se refiere el presente artículo, es distinta de la acción ordinaria de regreso cambiario, puesto que, aun siendo acción cambiaria, tiene como legitimado activo un anterior deudor cambiario que se ha convertido en acreedor, por efecto del pago de la letra, realizado por él, al acreedor cambiario originario, o bien a otro deudor, ya llamado a pagar.
El regreso **ordinario**, dice Messineo, presupone, por el contrario, que el actor sea el acreedor originario (o sea el que presentó la letra para el pago), que haya quedado no-satisfecho: y tiene, como legitimado **pasivo**, a cualquier deudor cambiario, fuera del obligado principal (o su avalista). (ver autor y opus cits. t. VI, parágrafo Nº 165, f), pág. 368).

Art. 2311. — Todo obligado contra quien se haya iniciado o pueda iniciarse la acción de regreso, puede exigir, mediante pago de su importe, la entrega de la letra con el instrumento del protesto y la cuenta de retorno con el correspondiente recibo.

Cualquier endosante que ha pagado la letra puede cancelar su propio endoso y los correspondientes a los endosantes subsiguientes.

Ver: arts. 49 de la L. U.; 57 de la Ley italiana Nº 1667; 154 C. francés de comercio; 772 y 773 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 54 del Proyecto del doctor Yadarola.
Por el presente artículo se confiere al obligado que quiere pagar el importe de la letra protestada, el derecho de rescate del título, con la cuenta de retorno y el correspondiente recibo, que le permita, a su vez, ejercer sus derechos de recursos, en toda su plenitud. Tal es la razón por la cual el in fine del art. 772 del C. Federal suizo de las Obligaciones estatuye que: "la letra de cambio (entregada al obligado que paga su importe) no debe presentar ninguna alteración que pueda comprometer los derechos de recurso ulterior del deudor".
El derecho del endosante que ha pagado el importe de la letra a cancelar su propio endoso y el de los endosantes que le siguen, debe ser ejercido en tanto circule la letra, para legitimar su acción de regreso.
El endosante que paga una letra de retorno no tiene necesidad de cancelar su propio endoso. Puede accionar de regreso, sin borrar su firma, pero si no lo hace, se expondría, una vez que haya remitido la letra a la persona a quien quiso desinteresar, de ser nuevamente requerido al pago. Tal es la razón por la cual se le faculta a cancelar su endoso y los endosos de los endosantes subsiguientes. (ver: Schneider y Fick, t. II, pág. 352).

Art. 2312. — En caso de ejercerse la acción de regreso después de una aceptación parcial, el que paga la suma por la cual la letra no fue aceptada, puede exigir que se anote el pago en la misma letra y se le otorgue recibo. El portador debe, además, dejarle copia certificada conforme con la letra y el instrumento del protesto para que pueda ejercer las ulteriores acciones de regreso.

Ver: arts. 50 de la L. U.; 58 de la Ley italiana Nº 1669; 155 del C. francés de comercio; 55 del Proyecto del doctor Yadarola.
La acción de regreso parcial conferida por el presente artículo al que ha pagado la suma por la cual la letra no fue aceptada, es harto explicable, como lógica aplicación de los artículos anteriores.

Art. 2313. — Todo el que tenga derecho de ejercer la acción de regreso puede, salvo cláusula contraria, reembolsarse por medio de una nueva letra de cambio (resaca) girada a la vista a cargo de uno de sus propios garantes y pagadera en el domicilio de éste.

La resaca comprende además de las sumas indicadas en los arts. 2309 y 2310, un derecho de comisión y el sellado fiscal de la resaca.

Si la resaca es girada por el portador, su monto se determina según el curso del cambio de una letra a la vista girada desde el lugar donde la letra originaria debía pagarse sobre el lugar del domicilio del garante.

Si la resaca es girada por un endosante, su monto se determina según el curso de cambio de una letra a la vista girada desde el lugar donde el que emite la resaca tiene su domicilio sobre el lugar del domicilio del garante.

Ver: arts. 51 de la L. U.; 59 de la Ley italiana Nº 1660; 726 de los códigos de comercio paraguayo y argentino y 38 parág. 1º de la Ley brasileña Nº 2044.
La **resaca** o **recambio** es la acción extrajudicial de regreso ejercida por el libramiento de una letra de cambio a la vista a cargo de uno de los garantes del titular de dicha acción y pagadera en su domicilio.

Art. 2314. — Después de la expiración de los plazos fijados:

1º para la presentación de una letra de cambio a la vista o a cierto tiempo vista;

2º para formalizar el protesto por falta de aceptación o de pago;

3º para la presentación para su pago de la letra con cláusula de "retorno sin gastos".

Caducan los derechos del portador contra los endosantes, contra el librador y contra los demás obligados, a excepción del aceptante.

Si la letra de cambio no es presentada para la aceptación en el plazo establecido por el librador, el portador pierde el derecho de ejercer la acción de regreso sea por falta de pago o por falta de aceptación, salvo si resulta de los términos del título que el librador entendió exonerarse tan sólo de la garantía de la aceptación.

Si en alguno de los endosos se ha fijado un plazo para la presentación, sólo puede prevalerse de él el endosante que lo estipuló.

Ver: arts. 52 de la L. U.; 60 de la Ley italiana Nº 1669; 32 de la Ley brasileña Nº 2044; 156 C. de comercio francés; 57 del Proyecto del doctor Yadarola; 621, 652, 654, 655, 661, 666, 667, 683 y 714 de los códigos de comercio paraguayo y argentino. (ver Rébora, opus cit. 239 y 240, pág. 306, 3ª edición).
El presente artículo regula la caducidad de los derechos del portador de la letra, contemplada en las dos siguientes hipótesis:
a) la caducidad que afecta los derechos del portador en relación a todos los obligados de regreso (endosantes, librador), aunque no hacía el girado-aceptante, la cual tiene lugar por haber descuidado el portador los plazos: para presentar la letra a la vista, o a cierto tiempo vista (un año desde la fecha de su emisión) o del plazo establecido por el librador o por el endosante; o bien, para formalizar protesto por falta de aceptación o por falta de pago; o para presentar la letra al pago, si se ha puesto la cláusula "sin gastos. En todos estos casos la letra se reputa perjudicada.
b) la caducidad que afecta al derecho de ejercer la acción de regreso (aunque sea por falta de aceptación o de pago), la cual tiene lugar por no haberse presentado la letra para su aceptación en el plazo establecido por el librador, salvo el caso de que éste sólo haya querido eximirse de la garantía para la aceptación. (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 27, pág. 375).

Art. 2315 — Cuando la presentación de la letra de cambio o la formalización del protesto en los plazos prescriptos son impedidos por un obstáculo insalvable (como una disposición legal de un Estado cualquiera u otros casos de fuerza mayor), esos plazos quedan prorrogados.

El portador está obligado a dar aviso inmediato del caso de fuerza mayor, al endosante precedente y a dejar constancia en la misma letra o en su prolongación, fechada y firmada por él, del envío del aviso; en lo demás se aplican las disposiciones del art. 2314.

Después que la fuerza mayor haya cesado, debe el portador presentar sin demora la letra para su aceptación o para el pago, y si hay lugar, formalizar el protesto.

Si la fuerza mayor dura más de treinta días desde la fecha de su venci-

miento, la acción de regreso puede ser ejercida sin necesidad de la presentación ni del protesto.

Para las letras de cambio a la vista o a cierto tiempo vista el plazo de treinta días corre desde la fecha en que el portador ha dado aviso de la fuerza mayor al endosante precedente aun cuando el aviso lo hubiere dado antes de la expiración del plazo para la presentación; para las letras de cambio a cierto tiempo vista, se agregará al plazo de treinta días el plazo de la vista indicado en la misma letra.

No se consideran casos de fuerza mayor los hechos puramente personales al portador o aquél a quien ha encargado de la presentación de la letra o de la formalización del protesto.

Ver: arts. 53 de la L. U; 61 de la Ley italiana Nº 1669; 157 del C. francés de comercio; 654 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 58 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2316 — Entre varios obligados que hayan asumido en la letra una posición de igual grado no tiene lugar la acción cambiaria y sus relaciones se rigen por las normas relativas a las obligaciones solidarias.

Ver: art. 62 de la Ley italiana Nº 1669; 59 del Proyecto del doctor Yadarola.
Las obligaciones de los que conjuntamente y en un pie de igualdad se han obligado en la letra de cambio, como endosantes o avalistas, son regidas por las normas propias de las obligaciones solidarias, pero no como obligados in solidum, de suerte que siendo así, se aplicará a sus relaciones internas lo dispuesto por nuestro art. 974.

Art. 2317 — El portador de una letra de cambio debidamente protestada por falta de pago tiene acción ejecutiva por el importe del capital y los accesorios conforme con los arts. 2309, 2310 y 2313.

Ver: art. 63 de la Ley italiana Nº 1669; 158 del C. francés de comercio; 60 del Proyecto del doctor Yadarola; 399 inc. 6º de nuestro Código de Procedimientos Civiles; y arts. 673 y 675 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino. Es jurisprudencia argentina que la letra de cambio protestada por falta de aceptación no es título ejecutivo (ver: Raymundo L. Fernández, Código de Procedimiento Civil y Comercial, nota 7, pág. 296, 1ª edición).

Art. 2318 — Si de la relación que dió causa a la emisión o a la transmisión de la letra deriva una acción, ésta subsiste no obstante la emisión o la transmisión de la letra, salvo que se pruebe que hubo novación.

Tal acción no puede ser ejercida sino después de comprobarse con el protesto la falta de aceptación o de pago.

El portador no puede ejercer la acción causal sino ofreciendo al deudor la restitución de la letra y depositándola en la Secretaría a cargo del Actuario del Juez de turno, siempre que haya cumplido las formalidades necesarias para conservar a dicho deudor las acciones de regreso que puedan corresponderle.

Ver: arts. 66 de la Ley italiana Nº 1669; 61 del proyecto del doctor Yadarola.
Explicando Messieno este precepto sin antecedente en la Ley Uniforme de la Convención de Ginebra, ni en el C. Federal suizo de las Obligaciones, ni en el Código de Comercio francés, enseña que la acción fundamental llamada comunmente, **acción causal o ex causa**, es acción conferida al poseedor del título y a quien (aun sin ser ya poseedor del título) habiendo perdido por prescripción o por caducidad o por otra razón (como la inobservancia de las formas de ley), la acción cambiaria (directa o de regreso), y sea perjudicado por el enriquecimiento que otro obtenga a sus expensas, pueda ejercerla como **acción de enriquecimiento**. Estas dos acciones —causal y de enriquecimiento— constituyen el grupo de las acciones **extracambiarias** o extracartulares.)
La relación que **da causa** a la emisión o transmisión de la letra, es la relación básica o subyacente entre quien entrega la letra por él librada y el tomador que la recibe; o entre quien (endosante) transmite la letra y el otro sujeto (endosatario). Esta relación básica puede consistir en un mutuo o una compraventa. El librador gira la letra para pagar mercaderías compradas, y no estar sujeta a caducidad o estar sujeta a plazos de prescripción más amplios que los de la prescripción cambiaria; o bien comportar el ejercicio de derechos por parte de quien es acreedor sobre la base de dicha relación fundamental (derecho a los intereses, en el mutuo derecho a la garantía por vicios de la cosa comprada, o por evicción en la venta etc.).
En todos estos casos, la acción **ex causa** puede ser ejercida en los casos en que la acción cambiaria se halle perjudicada (por inobservancia de forma, o por caducidad de plazos).
La razón que se da a la subsistencia de la acción causal es el hecho de que la letra (salvo pacto en contrario) se libra o se transfiere **pro solvendo** (esto es, salvo buen fin) y no **pro soluto** (a título de cumplimiento), de manera que el libramiento o la transferencia, no produce novación de la relación fundamental, o sea, del derecho de crédito del **accipiens** frente al **dans**; y el acreedor puede accionar también sobre la base de la relación fundamental, **siempre existente**, no obstante el libramiento o el endoso de la letra (la acción subsiste).

Diversamente ocurre, agrega nuestro autor, si el libramiento de la letra ha tenido lugar —por acto (expreso— pro soluto, produciendo así novación; en tal caso, la acción **ex causa** desaparece.
A estar al in fine del primer parágrafo del presente artículo, exige que la intención de novar —**animus novandi**— mediante el libramiento o el endoso de la letra, resulte de modo inequívoco, con el efecto de impedir a quien recibe la letra, el ejercicio de la acción **ex causa**. Siendo así, corresponde al deudor la carga de la prueba de la intención de novar.

Siendo así, como lo es, la acción causal no podrá ser ejercida por el acreedor cambiario que haya recibido el título, no **pro solvendo**, sino **pro soluto**, o sea cuando el libramiento o el endoso de la letra determine una novación objetiva de la relación fundamental, entre quien libra, o gira la letra y quien la recibe. En tal caso agrega Messineo, a quien debemos esta explicación, el recurso a la letra sólo sirve para proteger, con el rigor cambiario, el negocio o la relación que sirve de base. Por consiguiente, perjudicada o extinguida que sea la acción cambiaria (directa o de regreso) no hay ya lugar a acción causal.

Por el contrario, continúa nuestro autor, si el acreedor ha recibido la letra **pro solvento**, está obligado a hacer preceder la petición de pago fundada en la letra y a hacer comprobar por medio de protesto la falta de pago; pero puede accionar sobre la base de la relación fundamental, pero después de haber ejercido sin resultado la acción cambiaria (directa o de regreso). Esto, porque, con el libramiento o el endoso de la letra se ha convenido en que el deudor cambiario extinga la propia deuda mediante el pago de ella. Solamente si la letra es perjudicada y la acción cambiaria no pueda ser ejercida, podrá el acreedor accionar directamente con la acción causal (**concurso electivo, pero subordinado entre las dos acciones**). De donde resulta que, si el acreedor cambiario no ha pedido el pago de la letra (acción cartular), no podrá ejercer la acción causal.

Las dos acciones, pues, ejercen recíprocamente su influencia la una sobre la otra en el sentido de que, extinguida la acción causal, no puede sobrevivir a favor de quien podía ejercerla, la acción cambiaria, al paso que, extinguida o perjudicada ésta, no impide la posibilidad de ejercicio de la acción causal, salvo el caso de novación.

Por aplicación del tercer parágrafo de nuestro artículo, debe el portador ofrecer al deudor la restitución de la letra, depositándola en la Secretaría del Juzgado de primera instancia de turno, para asegurarle que la letra no está ya en circulación, y conservarle las acciones de regreso contra los anteriores endosantes, de manera que, en relación a éstos la letra no quede perjudicada.
La acción causal no puede ser ejercida sino entre poseedor cambiario y deudor que estuvieron en relación fundamental directa, o sea entre contratantes directos, (vendedor y comprador, mutuante y mutuario etc.) salvo la subrogatoria por parte del acreedor del poseedor cambiario, o la cesión de la acción por parte de él. Faltando la relación fundamental como en el caso de letra de cambio de favor, o de la firma de favor, la acción causal no existe (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 26, pág. 373 y ss).

Art. 2319 — Si el portador ha perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no tiene contra los mismos acción causal, puede accionar contra el librador o el aceptante por la suma en que se hubieren enriquecido injustamente en su perjuicio.

Ver: art. 67 de la Ley italiana Nº 1669; 62 del Proyecto del doctor Yadarola. Sin antecedente en el Código Federal suizo de las Obligaciones, ni en el código francés de comercio, ni en la Ley uniforme de la Convención de Ginebra.
La **acción de enriquecimiento** autorizada por el presente artículo es **subsidiaria** porque está subordinada a la condición de que el portador de la letra carezca de otra acción específica contra el demandado, por haber perdido tanto la acción cambiaria contra los obligados, como la acción causal, como por ejemplo, si en daño del poseedor de la letra no fuese ésta pagada por el librador, o el girado aceptante, o el endosante, lucrando el aceptante con la provisión de fondos, o no pagando el girado el precio de las mercaderías que le fueron proporcionadas por el acreedor cambiario.

Art. 2320 — El protesto de las letras de cambio debe ser hecho en acta notarial labrada en su protocolo por un escribano público, debiendo dejarse constancia del protesto en el mismo título, bajo la firma del escribano.

Ver: arts. 68 de la Ley italiana Nº 1669; 159 parág. 1º del Código francés de comercio; 762 inc. 2º y 814 y 815 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 28 de la Ley brasileña Nº 2044; 712 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino.

Art. 2321 — El protesto debe hacerse en los lugares indicados en los arts. 2280 y 2298, según sea por falta de aceptación, por falta de pago, contra las personas que allí, respectivamente, se mencionan. Si no fuese posible conocer el domicilio de dichas personas, el protesto se hará en el último domicilio que se les hubiere conocido. La incapacidad de las personas a quienes la letra debe presentarse para la aceptación o pago, no exime de la obligación de levantar el protesto, salvo lo dispuesto en el último apartado del art. 2305.

Si la persona a quien la letra debe ser presentada ha muerto, el protesto debe igualmente hacerse a su nombre, según las reglas precedentes.

Ver: art. 70 de la Ley italiana Nº 1669; 159 segunda parte del C. francés de comercio; 735, 738, 743, 750 762, 764, 780, 786, 789, 827 y 828 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 28 parágrafo único Ley brasileña Nº 2044; 64 del Proyecto del doctor Yadarola; 715 y 716 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Art. 2322 — Las diligencias del protesto deben entenderse personal-

mente con el que debe aceptar o pagar, aun cuando fuere un incapaz, caso en el cual se hará constar esta circunstancia. Si ella no se encontrare presente se entenderán con los factores o dependientes, o en su defecto con el cónyuge o hijos mayores.

Si ninguna de estas personas existiere, las diligencias se entenderán con la autoridad municipal del lugar del protesto.

Ver: art. 715 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 65 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2323 — El acta de protesto debe contener esencialmente:

1º La fecha del protesto.

2º La transcripción literal de la letra de cambio, aceptación, endosos, aval y demás indicaciones que contuviere, en el mismo orden en que figuran en el título.

3º La intimación hecha al girado u obligado para aceptar o pagar la letra, haciendo constar si estuvo o no presente quien debió aceptarla o pagarla.

4º Los motivos de la negativa para aceptarla o pagarla, o la constancia de que ninguno se dió.

5º La firma de la persona con quien se entienda la diligencia o la expresión de su imposibilidad o resistencia a firmar, si la hubiere.

6º La firma del que protestare o la constancia de la imposibilidad de hacerlo.

Ver: arts. 71 de la Ley italiana Nº 1669; 160 del C. francés de comercio; 29 de la Ley brasileña Nº 2044; 66 del Proyecto del doctor Yadarola; 717 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

Art. 2324 — El Escribano dará a los interesados que lo soliciten, copia del protesto, devolviendo al portador la letra original; y será responsable de los daños y perjuicios que resultaren si el protesto se anulare por cualquier irregularidad u omisión.

Ver: arts. 718 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 67 del Proyecto del doctor Yadarola; 33 de la Ley brasileña Nº 2044; 73 de la Ley italiana Nº 1669; 162 del C. francés de comercio.

Art. 2325 — Ningún otro acto ni documento puede suplir la omisión del protesto en los casos en que éste debe efectuarse.

Ver: arts. 723 de los códigos paraguayo y argentino de comercio; 68 del Proyecto del doctor Yadarola; 32 de la Ley brasileña Nº 2044.

CAPITULO VIII

De la Intervención

Sección I

Disposiciones generales

Art. 2326 — El librador, el endosante o el avalista pueden indicar una persona para que acepte o pague por intervención.

La letra de cambio, en las condiciones indicadas en el párrafo precedente puede ser aceptada o pagada por una persona que intervenga por cualquier obligado de regreso.

El interventor queda obligado a dar aviso de ello en los días hábiles siguientes a aquél en honor de quien ha intervenido. En caso de inobservancia de este plazo, será él responsable de los perjuicios que causare por su negligencia, sin que el monto del daño pueda exceder del importe de la letra de cambio.

Ver: arts. 54 de la L. U; 74 de la Ley italiana Nº 1669; 166 del Código francés de comercio; 34 y 35 parág. 1º Ley brasileña Nº 2044; 774 C. Federal suizo de las Obligaciones; 696 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 69 del Proyecto del doctor Yadarola.
En más de una versión castellana del texto francés se emplea en vez del castizo: interventer, el galicismo: intervinient, a todas luces impropio.
Puede el interventor ser indicado por el librador, por cualquiera de los endosantes o por los avalistas para que él, haciendo honor a las obligaciones garantizadas con sus firmas pague la letra en una eventual negativa del girado. La fórmula francesa consiste para la indicación de una persona que ha de pagar por intervención a: "au besoin chez N. N." "a defaut", y la alemana es: "Notigenfalls bei N. N.".

Sección II

De la aceptación por intervención

Art. 2327 — La aceptación por intervención puede hacerse toda vez que el portador de una letra de cambio aceptable pueda ejercer la acción de regreso antes del vencimiento.

Cuando en la letra de cambio se ha indicado una persona para aceptarla o pagarla por intervención en el lugar del pago, el portador no puede ejercer antes del vencimiento el regreso contra aquél que ha hecho la indicación y contra los firmantes subsiguientes, a menos que haya presentado la letra a la persona indicada y, habiendo ésta rechazado su aceptación su negativa se haya comprobado por medio de protesto.

En los otros casos de intervención, el portador puede rehusar la aceptación por intervención. Sin embargo, si la admite, pierde el derecho de ejercer la acción de regreso antes del vencimiento, contra aquél por quien se ha dado la aceptación y contra los firmantes subsiguientes.

Ver: arts. 55 y 56 de la L. U; 75 de la Ley italiana Nº 1669; 167 parágs. 1º a 4º del C. francés de comercio; 70 del Proyecto del doctor Yadarola.
No-aceptable es la letra de cambio en cuyo texto se lee la prohibición escrita por el librador de que ella sea presentada a la aceptación, salvo el caso de que la letra sea domiciliada o letra a cierto tiempo vista. Ya se sabe la razón que indujo a los Estados adheridos a la Convención de Ginebra a admitir la letra no-aceptable, cual es el propósito de no constreñir al girado a una aceptación que él estaría difícilmente dispuesto a dar, asustado por el rigor cambiario mientras la no-aceptación, por sí sola, no significa que él no quiera pagar la letra a su vencimiento (ver Messineo, t. VI, parág. 165, Nº 10, f. pág. 326).
Sabido ésto, fácil resulta comprender la disposición del presente artículo, según el cual la aceptación por intervención se subordina a dos condiciones: 1º que la letra sea aceptable y 2º que el portador de ella pueda ejercer el regreso anticipado de ella, para lo cual debe esperar el vencimiento del plazo fijado para la aceptación, salvo que presentada por él la letra al indicado como interventor, haya recibido una negativa que se haya hecho constar por protesto.
En los otros casos de intervención, especialmente si el indicado para aceptar por intervención, tiene su residencia en otro lugar que el lugar del pago, puede el portador de la letra rehusar la aceptación por intervención; pero si la admite, no podrá ejercer la acción de regreso anticipado contra aquél en cuyo honor fue aceptada la letra y contra los firmantes subsiguientes.

Art. 2328 — La aceptación por intervención debe ser expresada en la letra de cambio y firmada por el interventor, e indicar por quién ha sido dada. A falta de esta indicación, se considera otorgada por el librador.

Ver: arts. 56 de la L. U; 76 de la Ley italiana Nº 1669; 167 parágrafo 5º del C. francés de comercio; 777 C. Federal suizo de las Obligaciones; 71 del Proyecto del doctor Yadarola. El Nº 777 del C. F. suizo de las Obligaciones estatuye que si el interventor omite indicar en su aceptación la persona por quien lo hace, se entienda que interviene por el librador.

Art. 2329 — El aceptante por intervención responde hacia el portador y hacia los endosantes sucesivos a aquél por quien ha intervenido, del mismo modo que éste. No obstante la aceptación por intervención, aquél por quien ha sido dada y sus garantes pueden exigir del portador, previo reem-

bolso de la suma indicada en el art. 2309, la entrega de la letra de cambio, del protesto y de la cuenta de retorno con recibo firmado en su caso.

Si el portador de la letra de cambio no la presentare al aceptante por intervención antes del último día establecido para formalizar el protesto por falta de pago, la obligación del aceptante por intervención quedará extinguida.

Ver: arts. 57 de la L. U; 77 de la Ley italiana Nº 1669; 167 parágs. 5º y 6º del C. francés de comercio; 773 C. Federal suizo de las Obligaciones; 72 del Proyecto del doctor Yadarola.

Sección III

Del pago por intervención (por honor)

Art. 2330 — El pago por intervención puede hacerse toda vez que el portador pueda ejercer la acción de regreso al vencimiento o antes de él.

El pago debe comprender toda la suma que hubiera debido abonar aquél por quien la intervención tuvo lugar; y debe efectuarse a más tardar el día siguiente al último día permitido para formalizar el protesto por falta de pago.

El pago por intervención debe resultar del acta misma del protesto, y si éste ya hubiere sido formalizado, debe anotarse a continuación del acta por el mismo escribano. Los gastos del protesto son exigibles al que paga por intervención, aún cuando el librador hubiere puesto en la letra de cambio la cláusula: **"sin gastos"**.

Ver: arts. 58 de la L. U.; 78 de la Ley italiana Nº 1669; 168 del C. francés de comercio; 780 C. Federal suizo de las Obligaciones; 35 parág. 1º Ley brasileña Nº 2044; 73 del Proyecto del doctor Yadarola.

El pago por un interventor es hipótesis concebida y posible cuando la letra no haya sido pagada ni por el girado, imposibilitado de hacerlo por quiebra, suspensión de pagos, o por negativa voluntaria, fundada o no; ni por su avalista.

El interventor es aquel tercero indicado por el librador en la letra para pagarla por honor (au besoin). Este tercero debe estar domiciliado en el mismo lugar en que la letra es pagadera. El portador que protestó la letra por falta de pago del girado y del avalista, si lo hay, debe presentarla al Interventor, hecho que debe resultar del acta misma del protesto, a menos que éste se haya ya formalizado, caso en el cual debe su presentación anotarse a continuación del acta por el mismo escribano autorizante. El pago que haga el Interventor debe efectuarse a más tardar el último día permitido para formalizar el protesto por falta de pago, y debe comprender toda la suma que hubiera debido abonar el girado, por quien la intervención tuvo lugar. El interventor debe expresar por quién interviene. El pago hecho por él libera al girado. Si el portador omite presentar la letra al tercero indicado para pagar por intervención, pierde su recurso contra el obligado por quien la intervención tiene lugar, y contra los endosantes subsiguientes.

El pago por intervención puede hacerse siempre que el portador pueda ejercer la acción de regreso al vencimiento o antes de él.

Art. 2331 — Si la letra de cambio ha sido aceptada por interventores que tienen su domicilio en el lugar del pago, o si han sido indicadas para pagar en caso de necesidad otras personas domiciliadas en el mismo lugar, el portador debe presentar la letra a todas estas personas y, si fuere necesario, formalizar el protesto por falta de pago a más tardar al día siguiente del último día hábil fijado para levantar el protesto.

Si el protesto no es formalizado dentro de este plazo, aquél que indicó las personas para pagar en caso de necesidad, o por quien la letra fue aceptada y los endosantes subsiguientes, quedan liberados de su obligación.

Ver: arts. 59 de la L. U.; 79 de la L. italiana Nº 1669; C. francés de comercio; 74 del Proyecto del doctor Yadarola; 780 parág. 2º del C. Federal suizo de las Obligaciones.

En nuestra apostilla al artículo anterior ya hemos explicado de cómo la omisión de la presentación de la letra a las personas indicadas para pagar en caso de necesidad y por consiguiente la omisión del protesto dentro del plazo indicado, el portador pierde su acción de regreso contra el obligado que hizo la indicación del pagador en caso de necesidad.

Art. 2332 — El portador que rechaza el pago por intervención pierde

su acción de regreso contra aquéllos que por el pago hubiesen quedado liberados.

Ver: arts. 60 de la ley italiana Nº 1669; 170 C. francés de comercio; 75 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2333 — Del pago por intervención debe darse recibo en la misma letra de cambio con la indicación de aquél por quien ha sido hecho. En defecto de tal indicación, el pago se considera hecho por el librador.

Tanto la letra de cambio como el instrumento del protesto, si éste hubiere tenido lugar, deben ser entregados al que hizo el pago por intervención

Ver: arts. 61 de la L. U; 81 de la Ley italiana Nº 1669; 171 del C. francés de comercio; 781 parágrafo 1º del C. Federal suizo de las Obligaciones; 76 del Proyecto del doctor Yadarola.
La ley alemana dispone de una manera más precisa que: "La letra de cambio y el protesto por falta de pago deben ser entregados al que paga por intervención contra reembolso de los gastos". Si el portador se niega a entregárselos, el interventor no estará obligado a pagar y el acreedor perderá su recurso contra aquél en cuyo honor se había hecho el pago y contra los portadores precedentes, dado que el pago les habría liberado de sus obligaciones.
Las mencionadas piezas, dicen a este propósito Schneider y Fick, son indispensables al que paga por intervención, para no ser obligado a pagar segunda vez y además para legitimar su recurso contra la persona por quien ha intervenido y contra los portadores precedentes (ver autores y opus cits. t. II. pág. 360).

Art. 2334 — El que paga por intervención adquiere los derechos inherentes a la letra de cambio contra aquél por quien ha pagado y contra aquéllos que están obligados cambiariamente respecto de este último; pero no puede endosar de nuevo la letra de cambio.

Los endosantes sucesivos al obligado por quién el pago se hizo quedan liberados. Si varias personas ofrecen pagar por intervención, debe preferirse a aquélla cuyo pago libera a mayor número de obligados. El que, con conocimiento de causa interviene contrariando esta disposición, pierde toda acción de regreso contra aquellos que habrían quedado liberados.

Ver: arts? 62 de la L. U; 82 de la Ley italiana Nº 1669; 172 del C. francés de comercio; 781 in fine y 782 C. federal suizo de las Obligaciones; 77 del Proyecto del doctor Yadarola.
A este propósito enseñan Schneider y Fich que los endosantes posteriores a aquél en honor de quien se hizo el pago por intervención, quedan liberados, pero no este último. El pago por intervención reemplaza el pago ordinario del librador de la letra de cambio. El portador desinteresado por el pago hecho por intervención no tiene derecho a ejercer un recurso contra sus predecesores. El interventor que paga, no entiende cómo sería el caso del girado, pagar en provecho de todas las personas obligadas en caso de recurso, sino sólo evitar a aquél obligado en cuyo honor interviene, ser requerido por el portador y los endosantes, y desea en consecuencia reservar su recurso contra el honrado y sus predecesores.
La persona honrada obtiene de este pago la ventaja de que los gastos de retorno sean menos elevados que si la letra hubiera pasado por todos los endosos. Además, como estará en relación con el interventor, podrá recuperar la letra por una simple transferencia de cuentas.
Las obligaciones del honrado no se extinguen por el pago hecho por intervención. El honrado sólo adquiere otro acreedor en la persona del interventor.
Los derechos del que paga por intervención derivan de la ley y no de una sucesión en los derechos del portador (ver autores y opus cits. t. II, pág. 360).

CAPITULO IX

De la pluralidad de ejemplares y de las copias

Sección I

De la pluralidad de ejemplares

Art. 2335 — La letra de cambio puede ser librada en varios ejemplares idénticos.

Dichos ejemplares deben ser enumerados en el propio texto del título a falta de lo cual, cada uno de ellos será considerado como una letra de cambio distinta.

Todo portador de una letra de cambio en la cual no se indique que fue emitida en un ejemplar único, puede exigir a sus expensas, la entrega de varios ejemplares. A tal efecto, debe él dirigirse a su endosante inmediato, quien está obligado a prestarle su concurso para requerirlos de su propio endosante y así sucesivamente hasta llegar al librador. Los endosantes deben reproducir sus endosos en los nuevos ejemplares.

Ver. arts. 63 de la L. U; 83 de la Ley italiana Nº 1669; 173 del Código francés de comercio; 783 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 78 del Proyecto del doctor Yadarola.
A tenor del art. 783 del C. federal suizo de las Obligaciones, cada ejemplar de la letra de cambio debe expresar en su contexto que es: **primera, segunda o tercera de cambio**, en defecto de lo cual, cada ejemplar es considerado como una letra de cambio distinta (única de cambio).
Los **ejemplares idénticos** que dice el primer parágrafo de nuestro artículo no deben ser confundidos con las **copias de la letra**, a que se refiere el art. 2338 del presente Código, inspirado en el art. 787 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Los **ejemplares idénticos** son reproducciones de la letra y las copias son meros traslados o apógrafos con que puede darse la **semejanza**, pero no la **identidad** de los ejemplares.
Tratándose de **ejemplares idénticos** la firma del librador debe encontrarse en los duplicados, pero en las copias. La razón de ser de los duplicados idénticos es el temor de que la letra se pierda y el deseo de negociarla inmediatamente mientras la primera de cambio es enviada a la aceptación del girado, como ocurre con las letras giradas en las relaciones de ultramar, cuya aceptación demanda cierto tiempo. La segunda de cambio sirve para los endosos y como tal circula. La tercera es conservada por el librador.
Tratándose de la emisión de varios ejemplares idénticos, pero numerados, de una letra de cambio, el Derecho francés exige que por prudencia se agregue en cada reproducción de la letra una cláusula a tenor de la cual tal ejemplar sólo será pagado si no lo ha sido otro ejemplar anterior. Más esta precaución no es obligatoria por Derecho suizo (ver Schneider y Fick, t. II, pág. 362).

Art. 2336 — El pago hecho en virtud de uno de los ejemplares es liberatorio aún cuando no se haya declarado que tal pago anula los efectos de los otros ejemplares. Sin embargo, el girado queda obligado por cada ejemplar que contenga su aceptación y que no le haya sido restituído al hacer el pago.

El endosante que ha transferido los ejemplares a distintas personas, lo mismo que los endosantes sucesivos, quedan obligados por todos los ejemplares que contengan sus firmas y que no le hayan sido restituidos al efectuar el pago.

Ver: arts. 64 de la L. U; 84 de la Ley italiana Nº 1669; 174 del Código francés de comercio; 784 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 79 del Proyecto del doctor Yadarola.
Más claro es el parágrafo 1º del art. 784 del C. federal suizo de las Obligaciones al preceptuar que: **El pago de uno de los ejemplares de la letra de cambio anula a los otros**, no obstante lo cual viene lo estatuído en nuestro artículo según el cual el endosante que no ha endosado la letra a la misma persona (sino a diversas personas) los distintos ejemplares de ella y todos los endosantes subsiguientes cuya firma figura en los ejemplares no retirados en el momento del pago, en razón de su endoso, quedan obligados en virtud de los otros ejemplares.
El girado queda igualmente obligado en virtud de los otros ejemplares de la misma letra en razón de su aceptación puesta en los ejemplares no retirados en el momento del pago.

Art. 2337 — El que ha enviado un duplicado para la aceptación debe indicar en los otros ejemplares el nombre de la persona en cuyo poder aquel se encuentra. Esta queda obligada a entregar dicho ejemplar al portador legítimo de otro duplicado.

Si esa entrega fuere negada, el portador no puede ejercer la acción de regreso sino después de hacer constar mediante protesto:

1º que el duplicado enviado para la aceptación no le ha sido entregado, no obtsante su requerimiento.

2º que no ha podido obtener la aceptación y el pago mediante otro duplicado.

Ver: 65 de la L. U.; 85 de la Ley italiana Nº 1669; 785 y 786 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 175 del Código francés de comercio; 80 del Proyecto del doctor Yadarola.
Explicando Schneider y Fick análogo precepto del C. Federal suizo de las Obligaciones dicen que generalmente la primera de cambio suele ser enviada a un corresponsal de negocios, vecino del girado, para que se ocupe de su aceptación. Se le confía así un mandato para hacerla aceptar y guardarla en su posesión. Es —agregan— un mandato combinado con un contrato de depósito. El corresponsal queda así obligado en virtud de esta convención y no en virtud del Derecho cambiario. Debe indicarse en los otros ejemplares que: **La primera de cambio ha sido enviada para su aceptación a Fulano de Tal, o si ella ha sido ya aceptada: La aceptación se encuentra en poder de Fulano de Tal.**
El mandatario — corresponsal está obligada a entregar el ejemplar en su poder al portador legítimo de otro duplicado de la letra. Si la entrega fuese negada, el portador no podrá ejercer la acción de regreso sino después de hacer constar mediante la negativa de aquél, no obstante su requerimiento y que no ha podido obtener la aceptación y el pago mediante otro duplicado. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 363 y ss).

Sección II

De las copias

Art. 2338 — Todo portador de una letra de cambio tiene derecho a hacer una o más copias de ella.

La copia debe reproducir exactamente el original con los endosos y todas las demás indicaciones que en ella figuren; la misma debe indicar hasta dónde llega la copia.

Puede ella ser endosada y garantizada con aval del mismo modo y con iguales efectos que el original.

Ver: arts. 66 de la L. U; 86 de la Ley italiana Nos. 787 y 788 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 176 del Código francés de comercio; 81 del Proyecto del doctor Yadarola.

En nuestra apostilla al art. 2339 hemos explicado la diferencia legal entre los ejemplares idénticos a que dicho precepto se refiere y las copias de que trata el presente artículo. Es lo propio de éstas que por oposición a los ejemplares idénticos no incorporan derechos y obligaciones sino cuando son endosados o garantizados con aval, como lo autoriza el presente artículo. A mayor abundamiento, los duplicados idénticos sólo pueden ser otorgados por el librador, al paso que las copias pueden ser hechas por todo portador de la letra. Mira su institución a facilitar la circulación de la letra de cambio. Así, un endosante que quiera, por ejemplo, enviar la letra para su aceptación, por tener inmediata necesidad de dinero, puede remitir una copia de ella a tales efectos.

La indicación exigida de hasta donde llega la copia que el endosante debe observar inmediatamente después del último endoso, reproducido, tiene por objeto comunicar carácter de copia al apógrafo de la letra.

Si la cláusula mencionada, que los franceses llaman clausa d'arret, fuese escrita en la propia letra de cambio o sea en la letra original, no sería válida y la letra de cambio sólo valdría como simple copia, aun cuando vaya subcrista con firmas auténticas.

Mas si la precitada cláusula fuese omitida en la copia valdría ésta como letra de cambio original.

El otro requisito formal de la copia es la indicación que en ella debe hacerse de la persona en cuyo poder se halla la letra original, tal como lo estatuye el artículo siguiente.

Pudiendo la copia ser endosada y garantizada con aval, como lo autoriza nuestro artículo, queda dicho que el endoso original puesto en la copia obliga al endosante como si su endoso fuera estampado en la letra de cambio original.

Art. 2339 — La copia debe indicar quién es el tenedor del título original. Este debe entregar dicho título al portador legítimo de la copia.

En caso de negarse a entregárselo, el portador no puede ejercer la acción de regreso contra las personas que han endosado o garantizado con aval la copia, sino después de haber hecho constar por medio de protesto que el original no le ha sido entregado a pesar de sus requerimientos.

Si el título original, después del último endoso puesto antes de haberse hecho la copia, lleva la cláusula: "desde aquí el endoso no vale sino sobre copia, o cualquier otra fórmula equivalente, el endoso hecho ulteriormente sobre el título original es nulo.

Ver: arts. 67 de la L. U; 87 de la Ley italiana Nº 1669; 177 del C. francés de comercio; 789 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 82 del Proyecto del doctor Yadarola.

La posesión de una copia sin un endoso original no confiere derecho a exigir del tenedor del título original la entrega de éste.

La entrega puede igualmente ser exigida aun cuando la copia no lleve la cláusula "hasta aquí la copia" prescrita por el art. 2337, siempre que contenga un endoso original.

Indicada que sea en la copia quién sea el tenedor del título original, deberá el portador requerirle su entrega. Negándosela el tenedor, deberá el portador labrar protesto contra él para dejar probado el hecho, como requisito para ejercer su acción de regreso contra los endosantes anteriores o avalistas que los hubiere garantizado.

Si después del último endoso hecho en el título original antes de haberse hecho la copia, se expresase en él que: desde aquí el endoso no vale sino sobre la copia, el endoso hecho ulteriormente sobre el título original; en contradicción con dicha cláusula, será nulo.

CAPITULO X

De las alteraciones

Art. 2340 — En caso de alteración del texto de la letra de cambio, los que la han firmado después de la alteración quedan obligados en los términos del texto alterado; los firmantes anteriores responden en los términos del texto original. Si no resultase del título o no se demostrase que

la firma ha sido puesta antes o después de la alteración, se presume que ha sido puesta nates.

Ver· arts. 69 de la L. U; 88 de la Ley italiana Nº 1669; 178 del Código francés de comercio; 802 del C. federal suizo de las Obligaciones; 83 del Proyecto del doctor Yadarola.
Ocupándose Schneider y Fikc del art. 802 del C. Federal suizo de las Obligaciones del cual el art. 69 de la Ley uniforme de la Convención de Ginebra es evidente trasiego, enseñan que ese precepto parte del principio según el cual el que, al firmar una letra de cambio, asume una obligación cambiaria, no es responsable sino a tenor del contenido de su obligación en el momento de suscribirla.
Desde que una letra de cambio ha sido entregada, en el verdadero sentido de esta palabra, por el librador al tomador, con la intención de transferirle la propiedad de ella, el contenido de esa letra no puede ser modificado. Otra cosa sería si la entrega de la letra fuese casual, por ejemplo, para ser examinada, caso en el cual no habría entrega en el sentido del Derecho cambiario, aun cuando la letra hubiera circulado más allá del tomador. En tal supuesto, sólo el librador que creó la letra de cambio sería autorizado a introducir modificaciones en ella, pero no los portadores ulteriores
Este principio debe sin embargo, ser comprendido en el sentido de que toda modificación introducida en la letra, después que ella ha sido firmada por las otras personas, cae bajo la sanción del art. 802, aún si la letra no hubiera sido entregada por el librador. Esta interpretación no es conforme con la letra, pero si con la citada disposición legal, según la cual, toda obligación de cambio debe ser fijada según el contenido de la letra en el momento de ser firmada. Viene de aquí que un co-librador o un avalista, cuando han firmado antes de la entrega de la letra al tomador, sólo son responsables según el contenido de la letra que les fue presentada para suscribirla, y no según las modificaciones que posteriormente le fueron introducidas.
Las alteraciones pueden recaer sobre todos los elementos esenciales de la letra de cambio. Así, la modificación de un endoso completo en un endoso en blanco, constituye una alteración.
Cuando la alteración torna total o parcialmente ilegible la letra de cambio, o cuando alguna de sus partes esenciales (vencimiento, valor o monto), ha sido suprimida (combustión, manchas de tinta, procedimientos químicos, laceración o desgarramiento), la letra perderá todo su valor porque le faltarán sus elementos esenciales.

Las alteraciones más importantes serán aquellas por medio de las cuales conserven la letra sus elementos esenciales, pero no en el estado en que estaban al tiempo de ser firmada. La alteración que con más frecuencia suele presentarse es la que modifica la suma indicada en la letra (1000 en lugar de 100; 450 en vez de 150). En estos casos las personas que firmaron la letra después de la alteración, son responsables según el texto modificado y deberán pagar eventualmente una suma mayor que la indicada en la lerta.
Más si la modificación se reduce a corregir un error de ortografía, o la substitución de una cifra por una indicación en letras o por la indicación de la fecha de vencimiento por medio de una cifra cuando ésta estaba expresada de otro modo, el valor de la letra no disminuirá (ver autores y opus cits. t. II, pág. 374 y ss).

CAPITULO XI

De la cancelación

Art 2341 — En caso de extravío o pérdida, substracción o destrucción de una letra de cambio, podrá el portador de ella denunciar el hecho al girado y pedir al juez en lo Civil de turno del lugar donde la letra debe pagarse o ante el de su domicilio, la cancelación de la letra de cambio extraviada o perdida, substraida o destruída.
La petición debe indicar los requisitos esenciales de la letra y si se tratase de letra en blanco, aquellos elementos indispensables para identificarla.
El Juez, previo examen de los antecedents que el portador le proporcione acerca de la verdad de los hechos invocados y del derecho del que le asista dictará a la brevedad un auto por el que, con indicación de los datos necesarios para individualizar la letra de cambio, dispondrá su anulación; y autorizará su pago para después de transcurridos sesenta días computados desde de la primera publicación del auto respectivo, si la letra hubiere ya vencido o fuere a la vista, o desde el vencimiento si éste fuere sucesivo a aquélla fecha y siempre que en el intervalo no se dedujere oposición por el tenedor.

El auto judicial deberá ser publicado durante quince días en un diario del lugar del procedimiento y en otro diario del lugar del pago, si no fuese el mismo, y será notificado al girado y al librador, si la letra no estaba aceptada. No obstante la denuncia, el pago de la letra de cambio a su tenedor antes de la notificación del autor judicial libera al deudor.

Ver: arts. 89 de la Ley italiana Nº 1669; 329 y 330 del C. italiano de comercio abrogado; 707 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 36 de la Ley brasileña Nº 2044; 84 del Proyecto del doctor Yadarola.
El procedimiento estatuído por el presente artículo en salvaguarda de los derechos del legítimo portador de una letra de cambio extraviada o perdida, o substraida o destruida, al punto de que, al cabo de sus trámites sin oposición del eventual tenedor de alla, pueda cobrar su importe, evidencia que la letra de

cambio no es un título tan abstracto como el billete de Banco u otro título al portador pagadero a la vista, cuya reconstrucción sería imposible.

Art. 2342. — La oposición del detentador debe promoverse en todo caso con citación que se notificará al recurrente y al girado en la letra para que comparezcan ante el juez del lugar del pago.

Ver: arts. 90 de la Ley italiana Nº 1669; 85 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2343. — Durante el término establecido en el art. 2336 podrá el recurrente ejercer todos los actos enderezados a la conservación de sus derechos; y si la letra de cambio fuere a la vista o hubiere vencido o venciera en el intervalo, podrá exigir la consignación judicial de su importe, o su pago mediante caución.

Ver: arts. 91 de la Ley italiana Nº 1669; 86 del Proyecto del doctor Yadarola; 36 parágrafo 2º de la Ley brasileña Nº 20444.

Art 2344. — Transcurrido el plazo establecido en el art. 2336 sin haberse deducido oposición o rechazada ésta por sentencia definitiva, la letra de cambio desaparecida queda destituída de toda eficacia.

El que ha obtenido la cancelación podrá, con la constancia judicial de que no se dedujo oposición o de que ésta fue definitivamente rechazada, exigir su pago, y si la letra fuese en blanco o no hubiese vencido aún, exigir un duplicado de ella. Este deberá ser pedido por el portador desposeído a su endosante y así sucesivamente de un endosante al que le precede hasta llegar al librador.

Ver: arts. 92 de la Ley italiana Nº 1669; 36 parág. 3º y 4º de la Ley brasileña Nº 2044 y 87 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2345. — La cancelación extingue todo derecho emergente de la letra de cambio objeto del pronunciamiento del juez, pero no perjudica los derechos que eventualmente pudiera invocar el tenedor que no formuló oposición contra el que obtuvo su cancelación.

Ver: arts. 93 de la Ley italiana Nº 1669; 36 parágrafo 6º de la Ley brasileña Nº 2044; 88 del Proyecto del doctor Yadarola.

CAPITULO XII

De la prescripción

Art. 2346. — Las acciones cambiarias contra el aceptante prescriben a los tres años computados desde la fecha del vencimiento.

Las acciones del portador contra los endosantes y contra el librador prescriben al año que corre desde la fecha del protesto formalizado en tiempo útil, o desde la fecha del vencimiento, si figura la cláusula: **"sin gastos"**.

Las acciones de los endosantes, de los unos contra los otros y las acciones contra el librador, prescriben a los seis meses computados desde el día en que el endosante ha pagado la letra o desde el día en que la acción de regreso se ha promovido contra él.

La acción de enriquecimiento prescribe en el término de un año computado desde el día de la pérdida de la acción cambiaria.

Ver: arts. 94 de la Ley italiana Nº 1669; 52 y 53 de la Ley brasileña Nº 2044; 803 a 805 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 179 del Código francés de comercio; 91 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2347. — La interrupción de la prescripción no produce efectos sino contra aquel respecto de quien se ha cumplido el acto interruptivo.

Ver: arts. 95 de la Ley italiana Nº 1669; 806 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 179 parágrafo 5º del Código francés de comercio; 92 del Proyecto del doctor Yadarola.

Por Derecho suizo y aplicación del art. 806 de su Código Federal de las Obligaciones, la interrupción en materia cambiaria sólo puede tener lugar por una diligencia judicial, por una acción ante los tribunales o una presentación en la quiebra del deudor. Siendo así, el derecho cambiario suizo se separa en esta materia de las reglas ordinarias de la prescripción, al limitar los casos en que la interrupción puede tener lugar. La prescripción no es interrumpida ni por el reconocimiento que el deudor haga del derecho reclamado, ni por el pago de amortizaciones en cuenta o intereses, ni por la constitución de prenda o de fianza.
El art. 179 del Código francés de comercio admite en su in fine que los pretendidos deudores sean admitidos, si son requeridos, a afirmar, bajo juramento, que ya nada deben; y sus viudas, herederos o habientes causa, que ellos estiman de buena fe que no son deudores.
De estas singularidades se aparta la fuente de nuestro artículo, de suerte que siendo así, la interrupción en materia cambiaria puede tener lugar por todos los medios admitidos por las disposiciones generales que disciplinan la prescripción de las acciones civiles.

CAPITULO XIII

Disposiciones generales

Art. 2348. — El pago de una letra de cambio que vence en día feriado legal no puede ser exigido sino el primer día hábil siguiente. Asimismo todos los actos relativos a la letra de cambio y en particular su presentación para la aceptación y el protesto no pueden cumplirse sino en día hábil.

Si uno de estos actos debe cumplirse en un determinado plazo cuyo último día sea feriado, dicho plazo queda prorrogado hasta el primer día hábil siguiente. Los días feriados intermedios quedan comprendidos en el cómputo del plazo.

Ver: arts. 96 de la Ley italiana Nº 1669; 819 del Código Federal suizo de las Obligaciones; 180 y 181 del Código francés de comercio; 92 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2349. — En los plazos legales o convencionales no se computa el día desde el cual comienza a correr.

Ver: arts. 97 de la Ley italiana Nº 1669; 94 del Proyecto del doctor Yadarola y el 631 del presente Código.

Art. 2350. — En ningún caso se admitirán plazos de gracia legales o judiciales.

Ver: art. 98 de la Ley italiana Nº 1669; 95 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2351. — El vale cambiario o pagaré a la orden debe enunciar:

1º) La denominación del título insertada en el propio texto y expresada en el idioma usado en su redacción;

2º) La promesa pura y simple de pagar una suma determinada;

3º) La indicación de su vencimiento;

4º) La indicación del lugar donde debe efectuarse el pago;

5º) El nombre de aquél o a la orden de quien debe hacerse el pago;

6º) La indicación de la fecha y del lugar donde se suscribe el pagaré;

7º) La firma de quien emite el título.

El vale cambiario puede denominarse también "pagaré cambiario" o "cambial".

Ver: arts. 77 de la L.U.; 100 de la Ley italiana Nº 1669; 193 del C. francés de comercio; 825 del C. federal suizo de las Obligaciones; 54 de la Ley brasileña Nº 2044; 739 y 740 de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 96 del Proyecto del doctor Yadarola.
El vale cambiario o pagaré a la orden se distingue de la letra de cambio en que no contiene un mandato de pagar, sino por el contrario una promesa de pago. Faltando en ella el girado, no se concibe su promesa. El vale cambiario o pagaré a la orden es frecuentemente usado fuera del comercio, en las relaciones civiles de los no comerciantes, con el objeto de reforzar la seguridad de fianzas constituidas en relación al pago de una deuda.
Los caracteres esenciales del vale o pagaré cambiario son los mismos que los de la letra de cambio, excepción hecha del requisito del girado que no existe. Y como se verá en el artículo siguiente, el lugar del pago de la letra de cambio contemplado y regido por el art. 2256 inc. 5º, es respecto del vale cambiario y en defecto de indicación especial, el lugar de emisión del título, tal como también lo preceptúa el art. 826 del C. Federal suizo de las Obligaciones.
Por oposición a lo dispuesto respecto del librador de la letra de cambio, el suscritor de un vale cambiario o pagaré no puede indicarse a sí mismo como tomador, porque una persona no puede ser al mismo tiempo deudor y acreedor.

El suscriptor de un vale o pagaré cambiario asume la responsabilidad del aceptante de una letra de cambio, razón por la cual su aceptación carecería de sentido.
Si por aplicación de nuestro art. 2258 puede el librador de una letra de cambio girarla pagadera a su propia orden, como medio de reservarse la libre disposición de la letra, el firmante de un vale o pagaré cambiario no podría hacerlo, no sólo porque el nombre del tomador es esencial a su validez, sino porque de infringirse esta regla, el suscritor del pagaré a su propia orden constituiría prácticamente un verdadero valor al portador, lo que la ley ha querido excluir. (ver Schneider y Fick, opus cit. t. II, pág. 413 y ss.; y Rossel, t. II, Nº 313, 3º, pág. 202; 455-456, pág. 279 y ss.).

TITULO L

DEL VALE CAMBIARIO (Vales o pagarés)

Art. 2352. — El título al cual le falte algunos de los requisitos indicados en el artículo anterior no es válido como vale o pagaré cambiario, salvo en los casos determinados en los apartados siguientes.

El vale o pagaré en el cual no se haya indicado el plazo del pago, se considera pagadero a la vista.

A falta de indicación especial el lugar de emisión del título, se considera lugar del pago y, al mismo tiempo, domicilio del emitente.

El vale o pagaré cambiario en el que no se indique el lugar de emisión, se considera firmado en el lugar indicado junto al nombre del emitente.

Ver: arts. 78 de la L. U.; 101 de la Ley Italiana Nº 1669; 184 del C. francés de comercio; 826 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 54 parágrafos 1º a 4º de la ley brasileña Nº 2044; 97 del Proyecto del doctor Yadarola.

El parágrafo primero del presente artículo significa que los requisitos del artículo 2352 son esenciales, de suerte que siendo así la emisión de un vale o pagaré cambiario es también un acto relativamente formal en el sentido de los requisitos cuya omisión no es suplida por disposición de la ley. Vimos de aquí que en tales instrumentos pueda omitirse: la indicación del vencimiento, caso en el cual la letra se reputa que es pagadera a la vista; la del lugar del pago, hipótesis en que se reputa el lugar de emisión del título que también es reputado domicilio del emisor; y el lugar de emisión, caso en el cual se considera firmado en el lugar indicado junto al nombre del emitente.

Art. 2353. — Son aplicables al vale o pagaré cambiario en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este Título, las disposiciones relativas a la letra de cambio y que conciernen:

Al endoso (arts. 2269 a 2279);

al vencimiento (arts. 2292 al 2296);

al pago (arts. 2297 a 2302);

a la acción cambiaria (art. 2303), al regreso por falta de pago y al protesto (arts. 2304 a 2311 y 2313 a 2324);

al pago por intervención (arts. 2326, 2330 a 2334);

a las copias (arts. 2337 y 2338);

a las alteraciones (art. 2339);

a la prescripción (arts. 2345 y 2346);

a los días feriados; al cómputo de los términos y a la prohibición de acordar plazos de gracia (arts. 2347 a 2349).

Son igualmente aplicables al vale o pagaré cambiario las disposiciones establecidas para la letra de cambio pagadera en el domicilio de un tercero o en lugar distinto del domicilio del girado (arts. 2259 y 2286); las relativas a la cláusula de intereses (art. 2260); a las diferencias en la indicación de la suma a pagarse (art. 2261); a los efectos de las firmas puestas en las condiciones previstas por el art. 2262, a las firmas de personas que invocan la representación de otra sin estar facultadas para ese acto o que obran excediendo sus poderes (art. 2265); y la letra de cambio en blanco (art. 2268).

Son igualmente aplicables al vale o pagaré cambiario las disposiciones relativas al aval (arts. 2289 a 2291); si el aval, en el caso previsto por el art. 2290 in fine lo indica por quién es dado, se reputa dado por el emitente.

Son igualmente aplicables al vale o pagaré cambiario las disposiciones relativas a la cancelación (arts. 2340 a 2344).

Ver: arts 79 de la L. U.; 102 de la Ley italiana Nº 1669; 827 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 186 y 187 del C. francés de comercio; 56 de la Ley brasileña Nº 2044; 98 del Proyecto del doctor Yadarola.

Art. 2354. — El subscriptor del vale o pagaré cambiario queda obligado de la misma manera que el aceptante de una letra de cambio.

Si el título es pagadero a cierto plazo vista, debe ser presentado para la vista del subscriptor en el plazo fijado por el art. 2282. El plazo corre desde la fecha de la vista firmada por el subscriptor en el mismo título.

Si el subscriptor se negare a firmar esa constancia o a fecharla, se formalizará el correspondiente protesto (arts. 2284, 2305 y 2320) desde cuya fecha empieza a correr el plazo de la vista.

TITULO LI

DEL CHEQUE BANCARIO

CAPITULO I

De la emisión y de la forma del cheque bancario

Art. 2355. — El cheque bancario debe contener:

1º) la denominación de cheque bancario inserta en el contexto del título y expresada en el idioma en que él está redactado;

2º) la orden pura y simple de pagar una suma determinada;

3º) el nombre del designado para pagar (girado);

4º) la indicación del lugar del pago;

5º) la indicación de la fecha y del lugar donde el cheque bancario es emitido;

6º) la firma del emisor (librador).

Art. 1º de la Ley italiana Nº 1736; 1º del Decreto ley francés del 30 de octubre de 1935; 830 del Código Federal suizo de las Obligaciones; art. 2º Ley brasileña Nº 2591; 798 a 800 de los códigos de comercio paraguayo y argentino.

La presente disposición y las que la siguen de este Título reproducen, con algunas modificaciones autorizadas por la Convención Internacional de Ginebra del 1º de marzo de 1931, la "ley uniforme relativa a los cheques", anexa a dicha Convención. El Decreto-Ley francés mencionado y sus disposiciones substituyen lo dispuesto por la ley también francesa del 14 de junio de 1865. Lo mismo cabe decir de la Ley italiana Nº 1736 del 21 de diciembre de 1933 que substituye lo estatuido por los arts. 339 a 344 de su Código de Comercio, hoy abrogado. Al trasegar al presente Código las disposiciones de las dos citadas leyes francoitalianas, anticipamos la adaptación de nuestra legislación interna a las disposiciones de "ley uniforme", con lo que ahorramos al legislador su intervención posterior en esta delicada materia, disciplinada por obra de una Convención Internacional a cuyas decisiones era un deber prestarle la adhesión del Paraguay.

Aun cuando el cheque bancario es un instituto viejo de nuestro derecho, por lo que bien podríamos ahorrarnos la definición de su naturaleza jurídica, no resistimos a la tentación de reproducir en lo que sigue la caracterización doctrinal del cheque expuesta por Messineo, a la que esperamos ceñir lo más fielmente posible lo que sigue acerca de este particular.

El cheque bancario no es, como el vale o pagaré cambiario, una promesa de pago, sino una orden de pago, por lo que, desde el punto de vista estructural se aproxima a la letra de cambio, sin ser idéntico con ella.

En efecto, también en el cheque bancario concurren tres partes: el librador, el girado y el tomador, siquiera con poderes y deberes distintos a los de la letra de cambio. Así, el girado (Banco), no asume hacia el tomador obligación alguna de cumplir la orden del librador al revés de lo que acontece con el girado cambiario. La responsabilidad del pago del cheque la asume el librador, como lo dispone el art. 2369 del presente Código, y queda, por consiguiente, expuesto a la acción de regreso del primer tomador; endosatario, como lo preceptúa el art. 3398.

El cheque bancario tiene de común con la letra de cambio la característica de ser entregado pro solvendo, y no pro soluto.

Siendo el girado del cheque sólo un encargado del librador de pagar, como lo es un cajero, y no un obligado a pagar, tampoco está obligado a aceptar, como lo está el girado de la letra de cambio, de esta suerte transformado en deudor del portador de la letra.

La análoga estructura del cheque bancario y de la letra de cambio obliga a fijar los caracteres esenciales del primero por oposición a los de la letra de cambio.

1º Por su específica función, económica de servir como instrumento de pronto pago a un tercero y también como instrumento de extracción de fondos (girado sobre una cuenta) para el propio librador.

Por la brevedad de su vida sirve el cheque para evitar el dinero contante o de papel moneda como un subrogado de la moneda.

En la base de la emisión del cheque subyace un negocio o relación fundamental entre el librador y el primer tomador, la cual es una relación de deuda o de valuta (de moneda), preexistente o contemporánea al libramiento, o una relación de deuda.

La causa del libramiento del cheque reside en hacerlo servir para efectuar el pago de una deuda, o también una mandato para exigir (cobrar), o una donación y similares.
Cheques hay emitidos sin una relación básica, como los librados para pagar una deuda de juego.
Por oposición a la función del cheque, la letra de cambio y el pagaré, aun cuando sean a la vista, son instrumentos para crear crédito.
2º Mientras la letra de cambio no supone necesariamente una relación de provisión de fondos, el cheque no puede ser emitido sino sobre la base de un depósito pecuniario en el Banco girado o de una apertura de crédito bancario, o de cualquier otra razón de crédito pecuniario líquido, que corresponda al librador contra el girado, como el mandato para el cobro de créditos del librador por parte del girado.
La emisión del cheque sólo puede hacerse dentro de los límites de la provisión. Si el librador la sobrepasa, aun en parte, haría una emisión en descubierto, o en vacío, que torna irregular el cheque, respecto del girado, si bien no inválido en sus defectos, en cuanto el girado puede pagarlo, si por su solvencia el librador le merece crédito. En este caso, y en las relaciones internas el saldo deudor del librador en la contabilidad del Banco aparece como saldo rojo.

3º Mientras, en la letra de cambio, el girado es de ordinario un deudor del librador, y muy raras veces un Banco, en el cheque bancario el girado debe ser necesriamente un Banco o una institución de crédito, salvo los cheques pagaderos fuera del territorio de la República, los cuales pueden ser girados a cargo de girados que no son Bancos. Fuera de esta hipótesis el cheque girado a cargo de una persona que no es Banco, no será cheque bancario.
4º La emisión de cheques bancarios presupone, además, una convención o contrato de cheque bancario, que prevea y consienta la emisión de cheques bancarios. A estos efectos, el Banco exige del futuro librador la presentación de una firma llamada de comprobación que sirve para comprobar, mediante comparación la autenticidad de la firma puesta en cada cheque, y hacer menos fácil las eventuales falsificaciones.
La relación de cheque puede también nacer del hecho del libramiento de uno o más libretas de cheques entregadas por el Banco al cliente, aun cuando no se observe la convención del cheque.
5º La convención de cheque se extingue cuando el librador lo quiera, con efecto inmediato, aun cuando el Banco continúe siendo depositario de sumas disponibles del cliente. Extinguida la convención, el cliente tiene el deber de restituir al Banco las libretas de cheques en blanco inutilizados.
6º Messineo juzga insostenible la tesis que ve en el cheque bancario indiscriminadamente un título de crédito abstracto. Ella no tiene en cuenta que, precisamente en la relación presentador-girador y en la relación librador-girado, es en el primer caso insuprimible la referencia a la circunstancia de que el girado no asume ninguna obligación, ni siquiera de naturaleza causal, hacia el presentador, y en el segundo caso, la referencia a la necesidad de la provisión.
7º Los requisitos formales del cheque bancario son:
a) la denominación de cheque bancario inserta en el contexto del título, expresada en el idioma castellano, si es en el Paraguay;
b) la orden pura y simple (incondicionada) de pagar una suma determinada, que puede indicarse en una cifra o en palabras, o bien en una y otra; si existe discrepancia entre las dos cantidades, vale la suma indicada en letras, y si la suma a pagarse se ha escrito más de una vez (o en letras o en cifras), en caso de discrepancia vale por la suma menor.
c) el nombre del girado. No es necesaria la cláusula expresa "a la orden"
d) la indicación del lugar del pago;
e) la indicación de la fecha y del lugar de emisión;
f) la firma del que emite el cheque;
g) el cheque emitido a la orden debe indicar también el nombre del tomador, en defecto del cual el cheque vale como cheque al portador.
El cheque bancario no puede ser nominativo.
Y aun cuando los indicados requisitos están prescriptos bajo la sanción de que por omisión de algunos de ellos el título deja de ser cheque bancario, la doctrina admite que la falta de alguno de ellos puede ser suplido. Así, el lugar del pago puede resultar también del lugar, eventualmente, indicado junto al nombre del girado; y si se indican varios lugares junto al nombre del girado, el cheque es pagadero en el lugar indicado en primer término; a falta de estas o de otras indicaciones, el cheque es pagadero en el lugar en que ha sido emitido.
El lugar de emisión se considera el indicado, eventualmente, al lado del nombre del librador (ver Messineo, t. VI, parág. 156, Nºs 2 a 4, págs. 392 a 399; Schneider y Fick, t. II, pág. 422 y ss.; Virgil Rossel, t. II, Nºs. 461 a 476, págs. 284 a 292).

Art. 2356 — El título en el que falte alguno de los requisitos indicados en el artículo anterior, no vale como cheque bancario, salvo los casos previstos en el siguiente apartado.

En efecto de indicación especial, el lugar indicado junto al nombre del girado, se considera lugar del pago. Si se indican varios lugares junto al nombre del girado, el cheque bancario es pagadero en el lugar primeramente indicado.

En defecto de éstas o de otras indicaciones, el cheque bancario es pagadero en el lugar en que ha sido emitido, y si en el mismo no existe un establecimiento del girado, en el lugar donde éste tiene su establecimiento principal.

El cheque bancario en el que no se indique el lugar de emisión, se considera firmado en el lugar indicado junto al nombre del librador.

Ver: arts. 2º Ley Italiana Nº 1736; 2º del Decreto-ley francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2357 — El cheque bancario se gira sobre un Banco o a cargo de un Banco o banquero.

Sin embargo, el título emitido o pagadero fuera del territorio de la República, es válido como cheque bancario, aun cuando se gire a cargo de una persona que no es Banco ni banquero.

El cheque bancario no puede emitirse si el librador no tiene fondos dis-

ponibles en poder del girado, de los cuales tenga derecho a disponer por cheque bancario, y de conformidad con una convención expresa o tácita. El título vale, sin embargo, como cheque bancario, aun cuando no se haya observado tal prescripción.

Ver: arts. 3 de la Ley italiana Nº 173; art. 1º Ley brasileña 2591 y 831 del C. Federal suizo de las Obligaciones, 3 del Decreto-ley francés del 30 de octubre de 1935, modificado por la ley francesa del 14 de febrero de 1942; 793 de los Códigos de comercio paraguayo y argentino. El art. 799 de estos códigos prohibe la emisión de cheques bancarios sobre el extranjero, ni del extranjero sobre Bancos establecidos en la República, como es de pública notoriedad, todos los días se reciben en los Bancos de Asunción cheques bancarios librados desde Buenos Aires por correntistas domiciliados allí sobre sus fondos depositados en dichos Bancos, cifrados en guaraníes y a la orden de personas domiciliadas a residentes acá, por lo común en pago de productos agrícolas exportados a su consignación y vice-versa, no faltan en Asunción personas que poseyendo fondos radicados en Bancos extranjeros, como los de Buenos Aires o Now York, libran cheques cifrados en moneda nacional argentina o en dólares, en pago de mercaderías importadas de dichas plazas con destino al Paraguay. En adelante, y desde la sanción del presente Código, podrá librarse cheques bancarios a cargo de personas domiciliadas en el extranjero, siquiera no sean ni Banco ni banqueros. Así lo exige la intensificación de nuestro comercio exterior.

La ley francesa del 14 de febrero de 1942 ha enriquecido el concepto de "banquero" del art. 3º de la Ley uniforme sobre cheques de la Convención de Ginebra al estatuir, como asimilados a la noción precitada, "una empresa o persona registrada ante el Comité Permanente de Organización Profesional de bancos; empresas y establecimientos financieros, conforme con el art. 1º y 7º de la Ley del 14 de junio de 1941; un agente de cambio, un corredor de cambio en valores mobiliarios; el Cajero de la Caja de depósitos y consignaciones; el tesorero-pagador general o los receptores particulares de finanzas, los establecimientos de crédito municipal y las Cajas de Crédito Agrícola que tengan, en el momento de la creación del título, fondos a disposición del librador y conforme con una convención expresa o tácita según la cual el librador tiene el derecho de disponer de esos fondos por medio de cheques".

Art. 2358. — El cheque bancario no puede ser objeto de aceptación. Toda aceptación puesta en el cheque bancario se tiene por no escrita.

Toda certificación, confirmación, visto y cualquiera otra equivalente escrita en el título y firmada por el girado, sólo produce el efecto de acreditar la existencia de los fondos y de impedir su retiro por parte del librador antes del término de presentación.

Ver: arts. 4 de la Ley italiana Nº 1736; 834 parág. 1º del C. F. suizo de las Obligaciones; 4 del Decr.-Ley francesa del 30 de Octubre de 1935, el cual, en relación a la certificación de chaques, fue modicado por el art. 1º de la Ley del 28 de febrero de 1941, en los siguientes términos: "No obstante toda disposición en contrario, todo cheque para el cual la provisión correspondiente existe a disposición del librador, debe ser certificado por el girado si el librador o el portador lo exige.

La provisión del cheque certificado queda, bajo la responsabilidad del girado, bloqueado en provecho del portador hasta la expiración del plazo de presentación fijado por el art. 29 de la ley del 14 de junio de 1865, modificado por el Decreto del 30 de octubre de 1935.

La certificación resulta de la firma del girado en el anverso del cheque. Ella no puede ser negada sino por insuficiencia de la provisión.

En nuestra apostilla al art. 2354 hemos explicado por qué el cheque bancario no puede ser objeto de aceptación. El girado no contrae obligación alguna a favor de portador del cheque, por oposición al girado de la letra de cambio que por su aceptación se obliga a pagar al tenedor de la letra el importe de ella. Siendo así, toda aceptación puesta en la letra no produce efecto alguno. No obliga al girado.

Art 2359. — El cheque bancario puede ser pagadero:

a una persona determinada, con o sin la expresa cláusula **"a la orden"**;

a una persona determinada, con la cláusula **"no a la orden"** u otra equivalente;

al portador.

El cheque bancario a favor de una persona determinada, con la cláusula "o al portador" o bien con otra equivalente, vale como cheque bancario al portador.

El cheque bancario sin identificación del tomador, vale como cheque bancario al portador.

Ver: arts. 5º de la Ley italiana Nº 1736; art. 3º Ley brasileña Nº 2591; 832 C. Federal suizo de las Obligaciones; 5º del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935; 800 inc. 5º de los códigos de comercio paraguayo y argentino; 4º de la Ley alemana de cheques.

La indicación del beneficiario no es condición esencial de validez del cheque bancario, por oposición a lo que acontece con la letra de cambio. Si el primer tomador del cheque bancario no es designado, el portador de él es considerado como beneficiario de él.

Tres son las clases de cheques que pueden emitirse: el cheque directo; el cheque a la orden y el cheque al portador. El cheque directo es, como su nombre lo dice, aquel en que el librador expresa el nombre del beneficiario. En Alemania y en Suiza es costumbre que los cheques directos lleven la cláusula: "no a la orden" u otra indicación de este género. No usándose esta cláusula, el cheque es endosable. La cláusula a la orden significa que el cheque es endosable. El derecho cambiario es aplicable a la forma y efectos del endoso. El cheque puede ser endosado en blanco, y el librador puede indicarse a sí mismo

El Banco de la Nación Argentina (Sucursal Asunción) exige que los cheques al portador por más de $s. 10.000 sean endosados en blanco a favor del propio librador.

Los cheques en blanco circulan con tanta facilidad como billetes de banco.

Art. 2360. — El cheque bancario puede ser girado a la orden del propio librador. El cheque bancario puede ser librado por cuenta de un tercero.

El cheque bancario no puede ser librado contra el mismo librador, salvo que el cheque sea librado entre diversos establecimientos de un mismo librador. En estos casos el cheque no puede ser al portador.

Ver: arts. 6 de la Ley italiana Nº 1736; art. 6º del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.
El cheque librado a la orden del propio librador permite a éste retirar directamente sus fondos bancarios; y sirve al Banco de recibo. Puede igualmente el librador endosar el cheque librado a su orden.
El cheque librado por cuenta de un tercero permite al librador disponer de los fondos de otra persona, de quien tenga poder especial debidamente registrado en el Registro General de Poderes y de que el Banco tenga conocimiento. Es un caso de mandato sin representación, desde que el cheque es suscrito a nombre propio por el librador.
De ordinario el cheque bancario no puede ser librado a cargo de sí mismo sin que usurpe las funciones de la letra de cambio. Se permite excepcionalmente que un Banco que tiene varias sucursales libre cheques de estas sucursales o por estas sucursales a cargo de la Casa matriz. Es el cheque llamado **de plaza.**

Art. 2361. — Cualquier promesa de intereses inserta en el cheque bancario se tiene por no escrita.

Ver: arts. 7º de la Ley italiana Nº 1736; 7º del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2362. — El cheque bancario puede ser pagadero en el domicilio de un tercero, ya sea en la localidad donde el girado tenga su domicilio, ya sea en otra localidad, aun cuando el tercero no sea Banco ni banquero, pero debe girarse siempre a cargo de Banco o banquero.

Ver: art. 8º de la Ley italiana Nº 1736; 8º del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.
Se trata del cheque llamado **domiciliado.** Mas el tercero indicado que sin ser Banco ni banquero paga a su portador el importe del cheque, se subroga al girado a cargo de quien el cheque es librado, para presentarlo a su vez al cobro.

Art. 2363. — El cheque bancario cuyo monto se halla escrito a la vez en letras y en cifras, vale en caso de diferencia, por la suma escrita en letras.

El cheque cuyo monto se halla escrito varias veces, sea en letras, sea en cifras, no vale, en caso de diferencia, sino por la suma menor.

Ver: 9º de la Ley italiana Nº 1736; 9º del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935; 9º de la Ley brasileña Nº 2591.

Art. 2364. — Si el cheque bancario es signado con firmas de personas incapaces de obligarse por cheque, firmas falsas o firmas de personas imaginarias, o firmas que por cualquier otra razón, no podrían obligar a la persona que ha firmado el cheque o a nombree de quienes ha sido firmado, las obligaciones de los otros firmantes no dejan de ser válidas.

Ver: arts. 10 de la Ley italiana Nº 1736; 10 del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.
Este precepto repite lo dispuesto por nuestro art. 2262 respecto de la letra de cambio.

Art. 2365. — Toda firma debe expresar el nombre y apellido o la razón social de aquél que por el cheque se obliga. Válida es, sin embargo, la firma en la cual el nombre de pila esté abreviado o sólo indicado por su inicial.

Ver: art. 11 de la Ley italiana Nº 1736, y 2263 del presente Código.

Art. 2366. — El menor emancipado no autorizado por el juez no asume obligación si la venia judicial para emitir cheques en cuenta corriente no ha sido acreditada en testimonio fehaciente ante el girado.

Ver: art. 12 de la Ley italiana Nº 1736 y los arts. 197 y 2260 del presente Código.

Art. 2367. — Todo aquél que suscriba un cheque bancario en representación de una persona, pero sin poder de ésta para obligarle, queda personalmente obligado en virtud del cheque y, si ha pagado, tendrá los mismos derechos que habría tenido su pretendido representado. La misma disposición se aplica al representante que se haya excedido en el uso de sus poderes.

Art. 2368. — El poder general de obligarse en nombre y por cuenta ajena comprende también la de emitir y endosar cheques, salvo que el instrumento de procuración disponga lo contrario.

Ver: art. 15 de la Ley Italiana Nº 1736.

Art. 2369. — El librador de cheques bancarios responde del pago. Toda cláusula por la cual se exonere de tal responsabilidad se tendrá por no escrita.

Ver: art. 16 Ley Italiana Nº 1736; 12 del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.

CAPITULO II

De la transmisión

Art. 2370. — El cheque bancario pagadero a una persona determinada con o sin la cláusula expresa "a la orden" es transmisible por vía de endoso.

El cheque bancario estipulado pagadero a una persona determinada con la cláusula "no a la orden" u otra equivalente, no es transmisible sino en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

El endoso puede hacerse también a la orden del librador o de cualquier otro obligado. Estas personas pueden endosar de nuevo el cheque.

Ver: arts. 7 de la Ley Italiana Nº 1736; 13 y 14 del Decreto-ley francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2371. — El endoso debe ser puro y simple. Toda condición a la cual se lo subordine se tendrá por no escrita.

El endoso parcial es nulo. Igualmente nulo es el endoso del librador.

El endoso al portador vale como endoso en blanco.

El endoso al girado sólo vale como recibo, salvo el caso en que el girado tenga varios establecimientos y el endoso se haya hecho a beneficio de un establecimiento distinto de aquel a cargo del cual el cheque haya sido girado.

Ver: arts. 18 de la Ley Italiana Nº 1736; 15 del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2372. — El endoso debe ser escrito en el cheque bancario o en una hoja unida al mismo (prolongación). Debe él ser firmado por el endosante.

Puede el endoso no designar al beneficiario o consistir simplemente en la firma del endosante (endoso en blanco). En este caso, para que el endoso sea válido, debe ser escrito al dorso del cheque bancario, o en su prolongación.

Ver: arts. 19 de la Ley italiana Nº 1736; 16 del Decreto-Ley francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2373. — El endoso transmite todos los derechos inherentes al cheque bancario.

Si el endoso es en blanco, el portador puede:

1º) llenar el blanco, sea con su propio nombre o el de otra persona;

2º) endosar nuevamente en blanco el cheque, o a otra persona;

3º) remitir el cheque a otra persona, sin llenar el blanco, ni endosarlo.

Ver: arts. 20 de la Ley italiana Nº 1736; 17 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2374. — El endosante, salvo la cláusula en contrario, responde del pago. Puede él prohibir un nuevo endoso. En este caso, no responde del

pago a aquellas personas a cuyo favor el cheque haya sido ulteriormente endosado.

Ver: arts. 21 de la Ley italiana Nº 1736; 18 del D-L francés del 30 de Octubre de 1935.

Art. 2375. — El detentador de un cheque bancario se reputa portador legítimo de él si justifica su derecho por una serie ininterrumpida de endosos, aun cuando el último sea en blanco. Los endosos tachados se reputan a estos efectos como no escritos. Cuando un endoso en blanco es seguido de otro endoso, el suscritor de éste se reputa haber adquirido el cheque por endoso en blanco.

Ver: arts. 22 de la Ley italiana Nº 3736; 19 D-L. francés del 30 de Octubre de 1935.

Art. 2376. — El endoso de un cheque bancario al portador responsabiliza al endosante en los términos de las disposiciones que regulan la acción de regreso; pero no convierte el título en un cheque a la orden.

Ver: arts. 23 de la Ley italiana Nº 1736; 20 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2377. — Si de cualquier manera haya sido una persona desposeída de un cheque bancario a la orden, el beneficiario que justifique su derecho de la manera indicada en el art. 2373, no está obligado a entregarlo salvo que lo haya adquirido de mala fe o que al adquirirlo haya incurrido en culpa grave.

Ver: arts. 24 de la Ley italiana Nº 1736; 21 del D-L francés del 30 de octubre de 1935

Art. 2378. — Las personas demandadas en virtud del cheque bancario no pueden oponer al portador las excepciones fundadas sobre sus relaciones personales con el librador, o con los portadores anteriores, a menos que ellas lo hayan adquirido conscientemente en daño del deudor.

Ver: arts. 25 de Ley italiana Nº 1736; 22 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.
Las excepciones que el girado puede oponer son: la de inexistencia de provisión de fondos y la del transcurso del plazo útil de presentación del cheque de parte de su poseedor. Quedan excluídas las excepciones fundadas sobre sus relaciones personales con el librador, o con los portadores anteriores, a menos que el portador haya adquirido el cheque conscientemente en daño del girado.
El girado de un cheque bancario no es sino un mero encargado del pago, por oposición del girado de una letra de cambio, que es deudor del pago hacia el poseedor.
Como puede verse por el art. 2396 del presente Código el portador no tiene acción cartular contra el girado del cheque bancario, sino sólo la acción de regreso contra el librador o el endosante, y todo porque el girado del cheque bancario no asume ninguna obligación propia, ni puede ser llamado a aceptar el cheque.. La adquisición de mala fe del cheque bancario con la sola intención de causar daño al girado, sería dolosa y facultaría al girado a oponer al portador del cheque la excepción de dolo.

Art. 2379 — Si al endoso de un cheque bancario se le agrega la cláusula "valor al cobro", "por cobro", "por poder", o cualquier otra que implique un simple mandato, podrá el portador ejercer todos los derechos inherentes al cheque bancario, pero no podrá endosarlo sino a título de procuración
En este caso los obligados no pueden oponer, al portador sino las excepciones oponibles al endosante.
El mandato contenido en un endoso por poder, no se extingue por la muerte del mandante o por su incapacidad sobreviniente.

Ver: arts. 26 de la Ley italiana Nº 1736; 23 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.
Las cláusulas de mandato indicadas en el presente artículo son las que en el Derecho cambiario francés se conocen como: **valeur en recouvrement, pour encaissement, par procuration** y en el Derecho italiano como **valuta per incasso, per incasso o per procura.**
En estos casos la transmisión del derecho cartular en interés del propio endosante es al solo efecto del cobro. El endosante se reserva para sí la titularidad del derecho cartular. Su endoso es limitado (ver Messineo, t. VI, parág. 164 bis, pág. 257).

Art. 2380 — El endoso hecho después del protesto o después de una comprobación equivalente o bien después de expirado el término para la presentación del cheque sólo produce los efectos de una cesión ordinaria.

Salvo pacto en contrario, el endoso sin fecha se presume hecho antes del protesto o de la comprobación equivalente, o bien antes de expirar el plazo indicado en el apartado anterior.

Ver: arts. 27 de la Ley Italiana Nº 1736; 24 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.
Por la cesión el cesionario no adquiere un derecho autónomo, sino el derecho mismo del endosante y queda expuesto a las excepciones personales que pueden serle opuestas.

CAPITULO III

Del aval

Art. 2381 — El pago total o parcial de un cheque bancario puede ser garantizado por medio de un aval.

Esta garantía puede ser prestada por un tercero, excluído el girado, o también por un firmante del cheque bancario.

Ver: arts. 28 de la Ley Italiana Nº 1736; 25 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.
Es lo propio del cheque bancario que el girado no pueda prestar su aval, pues, como ya lo hemos dicho, él no contrae obligación personal alguna a favor del portador del cheque, razón por la cual no puede ser llamado a aceptarlo.

Art. 2382 — El aval es dado sobre el cheque o sobre una hoja de prolongación. Se lo expresa con las palabras "por aval" o con cualquier otra fórmula equivalente y es firmado por el avalista que lo da.

Se considera que el aval es dado por la sola firma del avalista puesta en la cara anterior del cheque bancario, siempre que no se trate de la firma del librador. El aval debe expresar por quién se lo da. En defecto de esta indicación se entiende que es dado por el librador.

Ver: arts. 29 de la Ley Italiana Nº 1736; 26 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

Art. 2383 — El avalista se obliga de la misma manera que aquel por quien se ha dado el aval. Su obligación es válida aun cuando la obligación garantizada sea nula por cualquier causa que no sea un vicio de forma.

El avalista que paga el cheque bancario adquiere los derechos inherentes a él contra el garantizado y contra aquellos que están obligados a favor de éste por efecto del cheque.

Ver: arts. 30 de la Ley Italiana Nº 1736; 27 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

CAPITULO IV

De la presentación y del pago

Art. 2384 — El cheque bancario es pagadero a la vista. Toda disposición contraria se tiene por no escrita.

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de su emisión es pagadero el día de su presentación.

Ver: arts. 31 de la Ley Italiana Nº 1736; 28 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

Art. 2385 — El cheque bancario debe ser presentado al pago dentro del término de ocho días si es pagadero en el Municipio de la Capital de la República; y de quince días si es pagadero en los Municipios de las otras ciudades.

El cheque bancario emitido en el extranjero a cargo de uno de los Bancos de la República debe ser presentado dentro del término de veinte días.
Los términos indicados corren desde el día siguiente al de su fecha de emisión.

Ver: arts. 32 de la Ley Italiana Nº 1736; 29 del D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2386 — Si un cheque bancario pagadero en el Paraguay es librado desde plazas regidas por calendarios distintos al gregoriano, el día de la emisión será substituído por el correspondiente del calendario gregoriano.

Ver: arts. 33 de la Ley Italiana Nº 1736; 30 del D—L francés del 20 de oct. de 1935.

Art. 2387 — La presentación del cheque a una cámara de compensación equivale a su presentación al pago.

Ver: arts. 34 de la Ley Italiana Nº 1736; 31 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.

Art. 2388 — El librado puede pagar aun después de la expiración del plazo de presentación.

El librador no puede oponerse al pago del cheque sino en los casos de pérdida del cheque o de quiebra del portador.

Si a pesar de esta prohibición el librador promueve su oposición por otras causas, el juez ante quien se interponga el recurso de urgencia, aun en el caso de una demanda ordinaria, debe, a pedido del portador, desembargar la oposición.

Ver: arts. 32 del D—L francés del 30 de octubre de 1935; 35 de la Ley Italiana Nº 1736. Optamos por la redacción del 32 del Decreto-Ley francés citado, pues, el art. 35 de la Ley Italiana Nº 1736 es obscura al estatuir que: **La orden de no pagar la suma del cheque bancario no produce efecto sino después de expirado el término de presentación. En defecto de dicha orden, el girado puede pagar aun después de expirado dicha término**, de donde inferimos que el librador puede revocar la orden de pagar antes de la expiración del plazo para la presentación del cheque, pero sin aclarar si en qué casos puede hacerlo, como lo estatuye el art. 32 del D—L francés, en los dos únicos casos: de pérdida del cheque o de quiebra del tenedor del cheque. La orden de no pagar o sea la oposición al pago por otras causas que las citadas, aun formalizada en una demanda ordinaria, no impediría el pago.
Otra es, sin embargo, la interpretación de Messineo, según la cual durante el tiempo útil para la presentación (que es de ocho días en el Municipio de la Capital) el librador no tiene el poder de revocar la orden de pago, aun cuando al librador se le hiciese saber la pérdida o extravío del cheque o que el portador ha quebrado. La orden de no pagar impartida durante el tiempo útil para la presentación del cheque sólo produce efecto cuando habiendo expirado este plazo no fuese presentado al cobro, o mejor dicho, sólo desde entonces la orden de no pagar es eficaz, si el girado no ha pagado. (Messineo, t. VI, parág. 166, Nº 16, d), página 412).

Art. 2389 — La muerte del librador y su incapacidad sobreviniente a la emisión del cheque no alteran los efectos de éste.

Ver: arts. 36 de la Ley Italiana Nº 1736; 33 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.
Siendo así, basta la voluntad inicial del librador el tiempo en que el librador era capaz.

Art. 2390 — Al hacer el pago puede el girado exigir del portador que le entregue el cheque bancario con recibo de su importe.

El portador no puede rechazar un pago parcial.

Si la provisión de fondos es inferior al monto del cheque, el portador tiene derecho de exigir el pago hasta la concurrencia de la provisión.

En caso de pago parcial, el girado puede exigir que se haga mención de ello en el cheque y que un recibo le sea otorgado.

El pago parcial sobre el monto de un cheque es en descargo del librador y los endosantes.

El portador está obligado a protestar el cheque por el excedente.

Ver: arts. 37 de la Ley Italiana Nº 1736; 34 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

Art. 2391 — El que paga un cheque bancario sin oposición se presume válidamente liberado.

El girado que paga un cheque endosable está obligado a verificar la regularidad de la serie de los endosos, pero no la autenticidad de las firmas de los endosantes.

Ver: arts. 38 de la Ley Italiana Nº 1736; 35 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.
Puede el girado comprometer su responsabilidad por culpa o negligencia propias o la de sus dependientes con ocasión del pago de cheques. Así, un banquero incurre en culpa, y no queda liberado, si paga sin verificar la firma del cheque, netamente distinta de la depositada por el librador.
Mas el girado queda exento de culpa y paga verdaderamente si la firma del librador se halla bien imitada y sin traza alguna de alteración, ni índice de sospecha que pueda atraer su atención.

Art. 2392 — Si el cheque bancario es pagadero en moneda que no tenga curso legal en el Paraguay, podrá su monto ser pagado en el plazo de presentación en el signo monetario de la República a la tasa de aquella el día del pago en el mercado libre de cambio, en su defecto del tipo fijado por el Banco Central del Paraguay.

Ver: arts. 39 de la Ley Italiana Nº 1736; 36 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

CAPITULO V

Del cheque bancario cruzado; del cheque bancario para ser acreditado; del cheque bancario "no transferible" y del cheque viajero

Art. 2393 — El librador o el portador de un cheque bancario puede cruzarlo con los efectos del artículo siguiente.

El cruzamiento se hace con dos rayas paralelas trazadas en el anverso del cheque. Puede el cruzamiento ser general o especial.

El cruzamiento es general si entre las dos rayas no hay indicación alguna o sólo la palabra "banquero" u otra equivalente; y es especial si entre las dos rayas se escribe el nombre de un banquero determinado.

El cruzamiento general puede ser transformado en cruzamiento especial, pero éste no puede ser transformado en cruzamiento general.

La testación con rayas o raspado del cruzamiento o del nombre del banquero se tiene por no hecho.

Ver: arts. 45 de la Ley Italiana Nº 1736; 37 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.

Art. 2394 — El cheque bancario con cruzamiento general no puede ser pagado por el girado sino a un Banco o a un cliente del girado.

Un cheque bancario con cruzamiento especial no puede ser pagado por el girado sino al Banquero designado o, si éste es el girado, a un cliente suyo. Sin embargo, el Banquero designado puede servirse para el cobro de otro banquero.

Un banquero no puede adquirir un cheque cruzado sino de un cliente suyo o de otro banquero.

Un cheque bancario con diversos cruzamientos especiales no puede ser pagado por el girado, salvo que se trate de dos cruzamientos, uno de los cuales sea para el cobro por medio de una cámara de compensación.

El girado o el banquero que no observe las normas indicadas responde del daño dentro de los límites del importe del cheque bancario.

El girado no está obligado a acreditar el cheque sino a un propio cuentacorrentista.

Ver: arts. 41 de la Ley Italiana Nº 1736; 38 del D—L francés del 30 de Oct. de 1935.

Art. 2395 — El librador o el portador de un cheque bancario puede prohibir que se lo pague al contado, escribiendo en el anverso del cheque y en sentido transversal las palabras: **"a acreditar"** u otra expresión equivalente.

En este caso el cheque bancario no puede ser liquidado por el girado sino por medio de un asiento de contabilidad (acreditamiento en cuenta, compensación), La liquidación por asiento de contabilidad equivale al pago.

La testación con rayas o raspado de la palabra "a acreditar" se tiene por no hecha.

El girado que no observe las normas indicadas responde del daño dentro de los límites del importe del cheque bancario.

El girado no está obligado a acreditar el cheque más que a un propio cuentacorrentista.

Ver: art. 42 de la Ley italiana Nº 1736. Sin correspondencia en el D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2396 — El cheque bancario con la cláusula **"no transferible"** no puede ser pagado más que al tomador o, a petición de éste, acreditado en su cuenta corriente. Este no puede endosar el cheque más que a un banquero para el cobro, quien no puede endosarlo ulteriormente. Los endosos puestos no obstante la prohibición, se tienen por no escritos. La testación con rayas o raspaduras de la cláusula se tiene por no hecha.

Aquél que paga un cheque no transferible a persona distinta del tomador o del banquero endosatario para el cobro, responde del pago.

La cláusula **"no transferible"** debe ponerse también por el banquero a petición del cliente.

Dicha cláusula puede ser puesta por un endosante con los mismos efectos.

Las disposiciones del presente artículo sólo se aplican a los cheques pagaderos en el territorio de la República.

Ver. art. 43 de la Ley italiana Nº 1736. Sin correspondencia en el D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2397 — El librador del cheque bancario puede subordinar el pago a la existencia sobre el título en el momento de la presentación de una doble firma conforme del tomador (cheque viajero).

Ver: art. 44 de la Ley italiana Nº 1736. Sin correspondencia en el D—L francés del 30 de octubre de 1935.

CAPITULO VI

De la acción de regreso por falta de pago

Art. 2398 — El portador puede ejercer la acción de regreso contra los endosantes, el librador y los otros obligados, si el cheque bancario, presentado en tiempo útil, no fuese pagado, siempre que la negativa del pago se acredite:

1º por un acto auténtico (protesto);

2º por declaración del girado, escrita sobre el cheque bancario con la indicación del lugar y del día de la presentación, o bien

3º por declaración de una cámara de compensación fechada, y de la que conste que el cheque bancario no ha sido pagado a pesar de habérselo transmitido en tiempo útil.

El portador conserva sus derechos contra el librador, aun cuando el cheque bancario no haya sido presentado oportunamente o no se haya for-

malizado el protesto o la comprobación equivalente. Si, después de transcurrido el plazo de presentación, la disponibilidad de la suma llegare a faltar por hecho del girado, el portador perderá tales derechos en todo o limitadamente a la parte de la suma que llegare a faltar.

Ver: arts. 45 de la ley italiana Nº 1736; 40 del D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2399 — El protesto o la comprobación equivalente debe hacerse antes de la expiración del plazo de presentación.

Si la presentación tiene lugar el último día del plazo, el protesto o la comprobación equivalente puede hacerse el primer día hábil siguiente.

Ver: arts. 46 de la Ley italiana Nº 1736; 41 del D—L francés del 30 de oct. de 1935.

Art. 2400 — El portador debe dar aviso al propio endosante y al librador de la falta de pago dentro de los cuatro días hábiles siguientes al día del protesto o de la declaración equivalente y, si el cheque contuviera la cláusula de **"retorno sin gastos"**, el mismo día de la presentación.

Cada endosante debe, en los dos días hábiles siguientes al día en que recibió el aviso, informar al anterior endosante de haber recibido el aviso, e indicar los nombres y las direcciones de aquéllos que dieron los avisos anteriores, y así sucesivamente, remontándose hasta el librador. Los términos indicados corren desde la recepción del aviso precedente.

Si de conformidad con el apartado anterior, el aviso es dado a un firmante del cheque bancario, análogo al aviso debe darse dentro del mismo término a su avalista.

Si un endosante no ha indicado su dirección, o la ha indicado de una manera ilegible, bastará que el aviso haya sido dado al endosante que le precede.

El que está obligado a dar el aviso puede darlo en una forma cualquiera, incluso por la simple remisión del cheque bancario.

Debe él probar que dió el aviso en el plazo establecido. Este se considera observado si dentro del término señalado se ha expedido por correo certificado una carta contentiva del aviso.

El que no avisa en el plazo antes indicado, no pierde la acción de regreso; sin embargo, es responsable de su negligencia si ha causado daño, pero sin que el monto del resarcimiento pueda exceder el valor del cheque bancario.

Ver: arts. 47 de la Ley italiana Nº 1736; 42 del D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2401 — El librador, el endosante o un avalista puede, mediante la cláusula **"retorno sin gastos"**, **"sin protesto"** u otra equivalente, escrita y firmada en el título, dispensar al portador de la obligación del protesto o de la declaración equivalente para ejercer la acción de regreso.

Esta cláusula, salvo lo dispuesto en el art. 2398, último apartado, no dispensa al portador de la presentación del cheque bancario, en los plazos prescritos, ni de los avisos. La prueba de la inobservancia del plazo incumbe a aquél que la opone al portador.

Si la cláusula es escrita por el librador, produce ella sus efectos respecto de todos los firmantes; si es escrita por un endosante o por un avalista, produce sus efectos solamente respecto de éste.

Si la cláusula es escrita por el librador y, el portador formaliza el protesto o la comprobación equivalente, los gastos son de su cargo. Si la cláusula es escrita por un endosante o un avalista, los gastos del protesto o de la comprobación equivalente, si tales actos fueron formalizados, son repetibles contra todos los signatarios.

Ver: arts. 48 de la Ley italiana Nº 1736; 43 del D—L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2402. — Todas las personas obligadas en virtud de un cheque bancario responden solidariamente hacia el portador.

Tiene éste el derecho de accionar contra todos los firmantes individual o conjuntamente y no está obligado a observar el orden en el cual se han obligado. El mismo derecho corresponde a todo firmante que haya pagado el cheque bancario.

La acción promovida contra uno de los firmantes no impide accionar contra los otros, aun cuando sean posteriores a aquél contra quien se ha procedido primeramente.

Ver: arts. 49 de la Ley Italiana Nº 1736; 44 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2403. — El portador puede reclamar de aquél contra quien ejerce su acción de regreso:

1º) el monto del cheque bancario no pagado;

2º) los intereses a la tasa legal del día de la presentación;

3º) los gastos del protesto o de la comprobación equivalente; los gastos por los avisos dados y los demás gastos.

Ver: arts. 50 de la Ley Italiana Nº 1736; 45 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2404. — El que ha reembolsado el cheque puede repetir de sus garantes:

1º) la suma íntegra pagada;

2º) los intereses de dicha suma, a partir del día del reembolso, calculados a la tasa legal;

3º) los gastos irrogados.

Ver: arts. 51 de la Ley Italiana Nº 1736; 46 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2405. — Todo obligado contra quien se ejerza la acción de regreso, puede exigir, contra pago, la entrega del cheque bancario con el protesto o la comprobación equivalente, y la cuenta de retorno con el recibo.

Todo endosante que ha pagado el cheque bancario puede testar su propio endoso y los de los endosantes subsiguientes.

Ver. arts. 52 de la Ley Italiana Nº 1736; 47 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2406. — Cuando la presentación del cheque o la formalización del protesto o la obtención de la comprobación equivalente, en los plazos prescritos, ha sido impedido por un obstáculo insuperable (prescripción de la ley u otro caso de fuerza mayor), esos plazos quedan prorrogados.

El portador está obligado a dar, sin demora, aviso del caso de fuerza mayor a sus endosantes y a mencionar por escrito fechado y firmado en el cheque o en su prolongación; y en cuanto a los demás se observará lo dispuesto en el art. 2400.

Cesada la fuerza mayor, debe el portador presentar sin demora el cheque al pago y si fuere necesario, formalizar el protesto u obtener la comprobación equivalente. Si la fuerza mayor persiste más de quince días computados desde el día en que el portador dió el aviso de ella al precedente endosante, aun cuando dicho aviso haya sido dado antes de la expiración del plazo de presentación, la acción de regreso podrá ser ejercida sin necesidad de presentación, de protesto o de la comprobación equivalente.

No se consideran actos constitutivos de fuerza mayor los hechos puramente personales del portador o de la persona encargada por él de presentar el cheque bancario, de formalizar el protesto o de obtener la comprobación equivalente.

Ver: arts. 53 de la Ley Italiana Nº 1736; 48 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2407. — Entre varios obligados que hayan asumido una posición de igual grado en el cheque bancario, no tiene lugar la acción cambiaria y su relación se regula por las normas relativas a las obligaciones solidarias.

Ver: art. 54 de la Ley italiana Nº 1736. Sin correspondencia en el D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2408. — El cheque bancario debidamente protestado tiene fuerza ejecutiva por el capital y sus accesorios, a tenor de los arts. 2403 y 2404.

Ver: art. 55 de la Ley italiana Nº 1736.

Art. 2409. — Si de la relación que dió lugar a la emisión o a la transmisión del cheque bancario deriva una acción, ésta subsiste, no obstante la emisión o la transmisión del título, salvo que se pruebe que hubo novación.

El poseedor no puede ejercer la acción causal sino ofreciendo al deudor la restitución del cheque bancario y depositándolo en la Secretaría del Juzgalo en lo Civil de turno, siempre que haya observado las formalidades necesarias para conservar a dicho deudor las acciones de repetición que puedan corresponderle.

Ver: art. 58 de la Ley italiana Nº 1736.

Art. 2410. — Si el portador ha perdido la acción cambiaria contra todos los obligados y no tiene contra los mismos la acción causal, puede accionar contra el librador que no haya hecho provisión o que, de cualquier manera que sea, se haya enriquecido injustamente en daño suyo.

Igual acción puede ejercer en las condiciones indicadas también contra los endosantes.

Ver: art. 59 de la Ley italiana Nº 1736.

Art. 2411. — El protesto debe formalizarse en acta notarial labrada y autorizada por un Escribano público, o por un juez de paz, regente de un Registro, donde no haya Escribanos.

Ver: art. 60 de la Ley italiana Nº 1736; 54 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2412. — El protesto debe formalizarse en el lugar del pago y contra el girado o el tercero indicado para el pago, aun cuando no estén presentes en su domicilio.

Si el domicilio de dichas personas no puede ser hallado, puede el protesto formalizarse ante la autoridad municipal del lugar del pago.

La incapacidad del girado o del tercero indicado en el art. 2362, no exime de la obligación de formalizar el protesto contra él, salvo que el girado haya quebrado, caso en el cual la sentencia declarativa de la quiebra bastará para autorizar la acción de regreso.

Si el girado o el tercero ha muerto, el protesto se formalizará igualmente a su nombre, según las reglas precedentes.

Ver: art. 62 de la Ley italiana Nº 1736.

Art. 2413. — El protesto debe contener:

1º) la fecha;

2º) el nombre del requirente;

3º) la indicación del lugar en que se lo hace y la mención de las búsquedas efectuaddas;

4º) el objeto del requerimiento, el nombre de la persona requerida, las respuestas obtenidas o los recibos por los cuales no se obtuvo ninguna;

5º) la firma del Notario, o del juez de paz en su caso, y la de los testigos del acto.

Por varios cheques que la misma persona debe pagar, en el mismo lugar, el acreedor puede formalizar el protesto en un solo acto.

Ver: art. 63 de la Ley Italiana Nº 1736; 55 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2414. — El protesto, a tenor del art. 2398, puede ser substituído, si el portador lo consiente, por una declaración de negativa del pago, escrita, fechada y firmada en el cheque o en la hoja de prolongación.

Esta declaración, para producir los efectos del protesto, debe ser elevada a escritura pública por su transcripción en el Registro de un Escribano.

En los casos previstos en el primer apartado, el endoso sin fecha se presume hecho con anterioridad a la declaración.

Ver: art. 64 de la Ley Italiana Nº 1736; contra: 56 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

CAPITULO VII

De los duplicados

Art. 2415. — A excepción de los cheques al portador, todo cheque bancario emitido en la República y pagadero en el extranjero, puede ser emitido en varios ejemplares idénticos (duplicados), los cuales deben ser numerados en el contexto de cada ejemplar. En su defecto, serán considerados como otros tantos cheques bancarios distintos.

Ver: arts. 66 de la Ley Italiana Nº 1736; 49 del D L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2416. — El pago de uno de los ejemplares, es liberatorio, aun cuando no se haya declarado que tal pago anula los efectos de los otros ejemplares.

El endosante que ha transferido los duplicados a personas distintas y los endosantes subsiguientes están obligados por todos los duplicados que lleven su firma y que no hayan sido restituídos.

Ver: arts. 67 de la Ley Italiana Nº 1736; 50 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

CAPITULO VIII

De las alteraciones

Art. 2417. — En caso de alteración de un cheque bancario, el que lo haya firmado después de la alteración responde en los términos del texto alterado. El que lo haya firmado antes, responde de los términos del texto originario.

Cuando no resulte del título o no se demuestre que la firma ha sido puesta antes o después, se presume que fue puesta ants.

Ver: arts. 68 de la Ley italiana Nº 1736; 51 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

CAPITULO IX

De la cancelación

Art. 2418. — En caso de extravío, substracción o destrucción del cheque bancario, podrá el portador hacer denuncia de ello al girado y pedir al juez en lo civil de turno del lugar donde el cheque es pagadero la cancelación del título.

La petición debe indicar los requisitos esenciales del cheque bancario.

El juez, previas las oportunas comprobaciones acerca de la verdad de los hechos y del derecho del portador, dictará, en el plazo más breve posible, un auto motivado, en el cual se mencionen los datos del cheque bancario, por el que se declare éste cancelado, y dispondrá su pago transcurridos quince días desde la fecha de la publicación de su decreto por edictos estampados en dos diarios de mayor circulación de la Capital, siempre que durante ese plazo no se formule oposición por el detentador.

La resolución del juez debe ser notificada al recurrente, al librador y al girado.

No obstante la denuncia, el pago del cheque bancario al detentador, antes de la notificación del auto del Juez, libera al girado.

Ver: art. 69 de la Ley Italiana Nº 1736, y el 2340 del presente Código.

Art. 2419. — La oposición del detentador debe formularse en el expediente promovido a denuncia del legítimo tenedor del cheque y correrse traslado de ella al recurrente, al girado y al librador para que comparezcan a ejercer sus derechos.

Ver: art. 70 de la Ley Italiana Nº 1736.

Art. 2420. — Durante el plazo establecido en el art. 2416, podrá el recurrente ejercer todos los actos enderezados a la conservación de sus derechos, y exigir el pago del cheque mediante fianza o en su defecto el depósito judicial de su importe.

Ver: art. 71 de la Ley Italiana Nº 1736.

Art. 2421. — Transcurrido el plazo indicado en el art. 2418 sin oposición, o rechazada la oposición por sentencia definitiva, el cheque bancario perderá toda su eficacia. El que obtuvo su cancelación, podrá, mediante presentación de un testimonio fehaciente del auto del juez y de un certificado de su Actuario, comprobada la no interpuesta oposición, o mediante presentación de un testimonio de la sentencia definitiva que rechace la oposición, exigir el pago.

Ver: art. 72 de la Ley Italiana Nº 1736.

Art. 2422. En el caso de cheque bancario emitido con la cláusula "no transferible", no se dará lugar a su cancelación, pero el tomador tendrá derecho a obtener a sus expensas un duplicado por el extravío, destrucción o substracción que denuncie al girado y al librador.

Ver: art. 73 de la Ley Italiana Nº 1736.

Art. 2423. — La cancelación extingue todo derecho derivado del cheque declarado ineficaz, pero no perjudica los eventuales derechos del portador contra quien obtuvo la cancelación.

Ver: art. 74 de la Ley Italiana Nº 1736.

CAPITULO X

De la prescripción

Art. 2424. — La acción de regreso del portador contra los endosantes, librador y los otros obligados prescribe a los seis meses computados desde la expiración del plazo de presentación.

Las acciones de regreso entre los distintos obligados al pago del cheque bancario, los unos contra los otros, prescriben a los seis meses que corren desde el día en que el obligado ha pagado el importe del cheque o desde el día en que la acción de regreso ha sido promovida contra él.

La acción de enriquecimiento prescribe en el término de un año computado desde el día de la pérdida de la acción emergente del título.

Ver: art. 75 de la Ley Italiana Nº 1636; 52 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.
Por Decreto francés del 24 de mayo de 1938 se estatuyó que en caso de caducidad o de prescripción, subsiste la acción contra el librador que no ha hecho provisión de fondos y contra los otros obligados que se habrían enriquecido injustamente a expensas del portador.

Art. 2425. — La interrupción de la prescripción no produce efectos sino contra aquel respecto de quien se ha cumplido el acto interruptivo.

Ver: ars. 76 de la Ley Italiana Nº 1736; 53 parág. 2º del D-L francés del 30 de octubre de 1935.
La razón del presente artículo es que las obligaciones asumidas por los distintos obligados por el cheque bancario son in solidum, de suerte que el pago hecho por uno no libera a los otros. Cada obligación es autónoma. Mas en derecho francés e italiano según los cuales dichas obligaciones son solidarias, la explicación del precepto se funda en que en la solidaridad de ambos derechos hay pluralidad de vínculos con unidad de prestación, concepción distinta de la correalidad de la Institute, que es la concepción admitida en el presente Código.

CAPITULO XI

Disposiciones generales

Art. 2426. — El nombre de banquero empleado en las disposiciones precedentes comprende también a las personas o a las instituciones asimiladas por ley a los banqueros.

Ver: arts. 77 de la Ley Italiana Nº 1736; 58 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2427. — La presentación y el protesto de un cheque bancario no pueden hacerse sino en un día hábil.

Si el último día plazo establecido por la ley para llevar a cabo actos relativos al cheque bancario y en particular para la presentación y formalización del protesto o para obtener un acto equivalente es un día festivo legal, el plazo se prorroga hasta el primer día hábil siguiente. Los días festivos intermedios quedan comprendidos en el cómputo del plazo.

Ver: arts. 78 de la Ley Italiana Nº 1736; 59 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2428. — En los plazos de días no se computa el día a partir del cual comienzan a correr.

Ver: arts. 79 de la Ley Italiana Nº 1736; 60 del D-L francés del 30 de octubre de 1935

Art. 2429. — No se admiten días de gracia, ni legales ni judiciales.

Ver: arts. 80 de la Ley Italiana Nº 1736; 61 del D-L francés del 30 de octubre de 1935.

Art. 2430. — Con el término domicilio se entiende el lugar de la residencia de la persona y con el de lugar de pago el territorio entero de un municipio.

Ver: art. 81 de la Ley Italiana Nº 1736.

TITULO LII

DE LA GESTION DE NEGOCIOS AJENOS

Art. 2431. — El que sin haber recibido mandato de otra persona ni estar facultado por otra causa interviene en la gestión de un negocio que ésta, por su ausencia u otra causa semejante, se halle en la imposibilidad de atender, estará obligado a administrarlo útilmente como lo exija el interés del dueño del negocio, conforme con su voluntad real o presunta.

Ver: arts. 677 C. alemán; 419 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1331 C. brasileño; 172 C. Civil de la República de China; 115 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1655 C. peruano; 1855 del Anteproyecto de Bibiloni; 1148 del Proyecto argentino de 1936.

De acuerdo con estos antecedentes, atentos a la reforma auspiciada por Bibolini, abandonamos la definición de de la gestión de negocios del art. 2288 del Código argentino, versión punto menos que literal del parág. 441 de la obra de Aubry y Rau (t. III, pág. 526, 3ª edición) y de la Maynz (t. II, parág. 274, pág. 474, 4ª edición), para optar por la del art. 677 del C. alemán, menos expuesta a la crítica de que ella ha sido objeto.

En efecto, viniendo Etienne Bartin a tratar de la definición de Aubry y Rau dice de ella que resumiendo la doctrina clásica de la gestión de negocios, tiene por caracter esencial el de atribuir por fuente de las obligaciones del gerente y de las del dueño del negocio un acto de voluntad del primero. La gestión de negocios presenta así el doble rasgo distintivo de la unidad de origen de las dos series de obligaciones nacidas de ella y de la identidad de su dominio con el del mandato. Esta concepción, dice Bartin, es hoy muy criticada. Es necesario reconocer —agrega— que el principio sobre el cual descansa no armoniza casi con la solución dada en el texto y nota 9 (Conf. texto y nota 15). Por otra parte, su consecuencia más importante, cual es la relativa a la capacidad del gerente, no se halla exenta de toda crítica. Sin asociarme a la que puede hacerse a la asimilación del dominio de la gestión al del mandato, y sin perjuicio de mantenerla (Conf. Planiol, t. II, Nº 2274, y nota sobre la sentencia de la Corte de Casación del 16 de julio de 1890, Dalloz, pal, I, 49), pienso que hay lugar a rever la tesis de la unidad de origen de las obligaciones del gerente y de las del dueño del negocio. Estas obligaciones derivan para mí de dos fuentes distintas, la del dueño del negocio es puramente legal; la del gerente resulta a la vez de la ley y de un acto de voluntad. No se trata de una mera cuestión de palabras. En el conflicto de leyes me costaría trabajo comprender que ellas dependiesen de una ley única, sea la del gerente, o la del dueño o la del lugar de la gestión. Sin afiliarnos definitivamente acerca de estas cuestiones, hasta ahora no presentadas en la práctica y respecto de las cuales carecemos de una sólida base de discusión, yo indico simplemente que, si se redujera al imperio de una ley única la obligación unilateral de la versio in rem, tan vecina de la gestión de negocios, las obligaciones opuestas que nacen de ésta me parecerían depender de dos leyes distintas rectoras de la persona de las partes, sin decir en qué medida, pero sin que jamás haya lugar a tener en cuenta la ley del lugar de la gestión: supuesto, por otra parte, en esta doctrina que lo más frecuentemente supone una sucesión de actos que pueden realizarse en dos países distintos, fáciles de determinar, a igual del lugar de la formación de un acto aislado que es el contrato (autores y opus cits. t. VI, parágrafo 441, texto y nota 3 ter, pág. 295, 5ª edición).

Mas aquí no paran las objeciones a la concepción romano-francesa de la gestión de negocios. Bufnoir, Cazelles y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán destacaron que la condictio no permite al gestor a obtener del obligado, por la in rem verso, el reembolso de sus gestos sino sólo si su gestión le ha sido beneficiosa, pero en el caso contrario, siquiera las haya hábilmente conducido. Ella deja completamente desarmado al obligado contra el gestor inmiscuido en sus negocios, sin distinguir las gestiones buenas de las malas. No siempre el hecho de encargarse de los asuntos de otro se inspira en motivos loables. Una gestión iniciada con entusiasmo, puede ser abandonada en el curso de su ejecución. El dueño del negocio no es amparado por la condictio contra la mala fe o la negligencia del gestor. Y las disposiciones relativas a los actos ilícitos son, en la mayor parte de los casos, inaplicables.

Para responder a estas necesidades, el arte del legislador recurrió a una ficción: la suposición de un mandato. La iniciativa del gestor engendra entre él y el obligado las relaciones jurídicas establecidas por la ley entre mandante y mandatario. El primero tiene la obligación de conducirse con la diligencia que un mandato expreso le impondría y, en reciprocidad, el derecho a ser indemnizado de todo gasto. Esta ficción, admitida por todas las naciones latinas y que se halla expresamente formulada en ciertas legislaciones (1372 parág. 2º del C. francés; 1390 del C. holandés; 1141 del C. italiano de 1865; 2030 parág. 1º del C. italiano de 1942; 1726 del C. portugués; 2274 del C. de Luisiana; 2304 C. argentino; 1343 C. brasileño; 957 parág. 2º C. boliviano; 2287 C. chileno; 2305 C. colombiano; 2306 C. ecuatoriano; 1309 in fine C. uruguayo; 1173 C. venezolano; 1906 C. mexicano; 1892 C. español; 1657 C. peruano; 3374 C. nicaraguense; 2203 C. hondureño; 1372 C. de la República Dominicana; 5105 C. de Puerto Rico; 2038 C. de El Salvador; 424 C. Federal suizo de las Obligaciones; 120 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 65 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3430 del Esboço de T. de Freitas etc.), no ha sido sin embargo aplicada en todas sus deducciones lógicas. Así, por ejemplo, el Código francés que permite al mandatario demandar el reembolso de sus anticipos "aun cuando el negocio no haya tenido éxito" (art. 1999 y Código argentino art. 1949), no admite, por recuerdo del derecho romano, que el gestor reclame otra cosa que los gastos "útiles o necesarios", y todavía "si el negocio ha sido bien administrado" (art. 1375 y en el mismo sentido art. 2301 C. argentino). El Código portugués llega a exigir, para que el dueño del negocio quede obligado, que la gestión le haya producido "un beneficio efectivo" (art. 1730).

Viene de aquí la necesidad de la regla según la cual la ratificación del dueño del negocio transforma la

gestión en mandato 1726 C. francés; 474 C. Federal suizo de las Obligaciones), regla radicalmente contraria a la ficción inicial.
El Código alemán,' —agregan nuestros autores, ha querido evitar todas estas incorrecciones. En todas sus disposiciones se encuentra la idea directora: en la definición de los elementos esenciales de la gestión de negocios (art. 677); en la determinación de la responsabilidad del gestor (art. 678 y ss.); y sobre todo en la determinación de los derechos de este último respecto del dueño del negocio donde el Código admite expresamente que si la gestión se hubiese emprendido con arreglo al interés y a la voluntad real o presunta del obligado, podrá el gestor, **como lo podría un mandatario**, pedir el reembolso de sus gastos. (art. 683). La concepción perfeccionada de la gestión de negocios en el Código alemán la hace por tanto, en esta delicada materia, superior a todas las que la precedieron. (ver: **Code Allemand**, t. II, pág. 209).
Bibiloni, por su parte, hizo notar en su apostilla a los arts. 1855 y 1856 de su Anteproyecto, que en ninguna de las disposiciones del Código argentino relativas a esta materia hay "la menor referencia a la condición esencial de la gestión de negocios, que es la justificación de ella, esto es, la de favorecer la intervención de terceros allí donde el dueño de los negocios no puede atenderlos por sí mismo. Y ello exige que cuando se pueda avisar al dueño, si las circunstancias de hecho dan tiempo para que el interesado resuelva, se impida la intrusión arbitraria de terceros. Al contrario, los textos están redactados de tal suerte que parecería que los que se entrometen en las cosas ajenas tuvieran derechos derivados de su intrusión, y que basta, como lo pretenden algunos artículos, que un inquilino edifique en un terreno según su fantasía para que el dueño que tenía otros proyectos o carecía de recursos para abonar las construcciones fastuosas del locatario, deba abonarlas, so color de enriquecimiento, o de utilidad para él, que, sin embargo se arruina por ellas. Basta la utilidad considerada con la laxitud que comporta la idea que autoriza expresamente la ley: arts. 2297 y 1535. (ver autor y **opus** cits. t. II, pág. 407).
Juzgamos innecesario ampliar esta apostilla con los otros requisitos legales de la gestión de negocios que expondremos al pie de los artículos que siguen. Remitimos al lector a lo que acerca de esta materia dejamos expuesto en el t. II, Nº 1179 y ss., de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones.

Art. 2432. — Si la gestión fuere emprendida contra la voluntad real o presunta del dueño del negocio, circunstancia que el gestor debiera necesariamente conocer, quedará éste obligado a favor de aquél a la reparación del perjuicio resultante de su gestión, aun cuando no le sea imputable culpa alguna, a menos que pruebe que el daño se habría producido aun fuera de toda intervención de su parte.

Ver: arts. 678 C. alemán; 420 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1332 C. brasileño; 1660 C. peruano; 118 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 174 C. Civil de la República de China; 1731 C. portugués; 1891 C. español; 2294 C. argentino; 1899 C. mexicano; 2291 C. chileno; 2309 C. colombiano; 2310 C. ecuatoriano; 2042 C. de El Salvador; 3104 C. de Puerto Rico; 3428 inc. 1º, 3430 inc. 4º y 3431 inc. 1º del **Esboço** de T. de Freitas; 1857 del Anteproyecto de Bibiloni; 1148 del Proyecto argentino de 1936.
Procede el presente artículo de la famosa sentencia de Pomponio: **Culpa es inmicere se rei ad se non pertinenti**, de donde viene que por derecho romano se limitase la acción conferida al gestor que emprendió el negocio contra la voluntad del dueño a sólo el reembolso de los gastos con que éste se ha beneficiado al tiempo de la demanda de aquél. (ver: Pothier, **In Oeuvres**, t. V, Nº 183, pág. 247). La gestión hecha contra la voluntad del dueño sólo puede admitirse por excepción cuando ha sido iniciada para evitar un daño presente que amenace la vida o la fortuna de aquél, o la de sus próximos parientes, y los gastos hechos para prevenir el daño no excedan del valor del perjuicio que se trata de impedir.
La **"voluntad real"** que dice nuestro artículo es la manifestada por el dueño del negocio, sea verbalmente o por escrito, a raíz de un aviso que el gestor le hubiese hecho. Y la **"presunta"** es la inferida de la naturaleza arriesgada del negocio que el dueño no tenía costumbre de hacer, como reza el art. 2294 del C. argentino, y que por su evidencia debiera necesariamente ser conocida del gestor.
La prohibición del dueño no debe ser contraria ni a las leyes ni a las buenas costumbres, como lo dispone el parágrafo 3º del art. 420 del C. Federal suizo de las Obligaciones, como por ejemplo, si una persona que tiene a su cargo el cuidado de su mujer e hijos, amenazado de ser aplastado por el derrumbe del techo de su casa que, a su vez, pone en peligro la de su vecino, prohibe a éste que proceda a la reparación del edificio en ruinas, como gestor de sus negocios. En tal supuesto, el vecino igualmente en peligro de sufrir las consecuencias del derrumbe del techo de la casa próxima, puede proceder a su reparación, sin comprometer su responsabilidad. Mas si la prohibición no es contraria a la ley, ni a las buenas costumbres, y a derecho de ella inicia el gestor su actividad, respondería de todo daño, incluso del caso fortuito, a menos de probar que el daño se habría producido aun fuera de su injerencia. Nuestro artículo estatuye que **responderá del perjuicio resultante de su gestión**, aun cuando no le sea imputable culpa alguna. Así lo estatuye también el art. 2295 del C. argentino, (3432 inc. 1º y 2º del **Esboço** de T. de Freitas).
Para justificar Bibiloni la decisión del presente artículo, esbozó el art. 1856 de su Anteproyecto, copia del art. 681 del C. alemán según el cual **"Nadie debe inmiscuirse en los asuntos de terceros sin darle aviso anterior de la situación que exige sus cuidados cuando se conoce su residencia o la de sus representantes, salvo el caso de urgencia que no permita esperar la resolución del interesado para evitar daño inminente"**, precepto igualmente reproducido por el art. 172 del Código Civil de la República de China, el cual dispone que: **"El gestor debe avisar al dueño inmediatamente o al comienzo de la gestión, en tanto la notificación sea posible. Si no hay peligro por la demora, debe él esperar las instrucciones del dueño"**. (Ver art. 133 C. brasilero).
Entendemos que si el dueño del negocio tiene acreditado un representante en el lugar en que la gestión debe hacerse, o si tiene domicilio conocido, y no hay peligro en la demora, no hace falta preceptuar el requisito del aviso desde que esta notificación o noticia sería voluntariamente cumplida por un amigo o por el propio representante de él. Y si el peligro es inminente, ocioso es que la ley autorice la gestión de los negocios del ausente, imposibilitado de realizar por sí mismo la eliminación del peligro cernido sobre sus bienes.
Si avisado el dueño autorizase la gestión, habría mandato y no gestión de negocio.

Art. 2433. — La voluntad contraria del dueño del negocio no será tomada en consideración si por falta de la gestión, no se hubiera cumplido en tiempo oportuno un deber suyo de interés público, o de alimentos legales o se tratare de gastos de sepultura de persona a quien se debiera alimentos.

Art. 679 C. alemán; 422 C. Federal suizo de las obligaciones; 1341 C. brasileño; 174 parág. 2. del C. Civil de la República de China; 118 **in fine** del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 1662 primera parte C. peruano; 1858 A. de Bibiloni; 1149 Proyecto argentino de 1936.

La regla anterior según la cual el gestor que contra la voluntad real o presunta del dueño del negocio la emprendiese, no sólo queda destituído de toda acción para el reembolso de sus gastos, sino además obligado a la reparación del perjuicio derivado de su ejecución, sufre excepción si estando el dueño del negocio obligado por ley o por una disposición municipal a levantar, por ejemplo, un muro de un edificio que amenaza ruina; a construir un dique de contención de las aguas de un arroyo que amenaza de inundación; o si se trata de una obligación legal de alimentos; o de los gastos de inhumación de una persona a quien estos alimentos son debidos, se expusiese a perjuicios porque la gestión no fuese a tiempo emprendida, aun a su despecho.
La obligación de pagar los gastos de inhumación o sepultura de una persona a quien se deben alimentos, es expresamente estatuída por el art. 1963 del Código alemán, conforme con la **actio funeraria** instituída por el Pretor romano. (ver: Windscheid, opus cit. t. II, parág. 430, texto y nota 20, pág. 675).

Art. 2434. — Cuando el acto de gestión tuvo por objeto evitar un peligro inminente que amenazaba al dueño del negocio, el gestor no responde sino de su dolo o culpa grave. Puede demandar el reembolso de sus gastos necesarios, aunque no haya logrado los resultados de su gestión. Esta disposición no es aplicable a las personas obligadas a proteger los bienes de otra.

Ver: art. 680 C. alemán; 121 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 175 C. Civil de la República de China; 1662 segunda parte C. peruano; 1859 del Anteproyecto de Bibiloni; 1151 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936; 1340 C. brasileño;
Se debe interpretar este artículo sin distinguir si el peligro amenaza la fortuna o la persona del dueño del negocio. La doctrina germana lo encuentra de fácil aplicación en el caso de salvataje de los hijos del dueño durante un incendio. Poco importa que el peligro haya existido realmente o no. Bastará que el gestor haya alimentado la convicción de su inminencia. Se estima que quien interviene rápidamente para preservar a otro de un perjuicio debe ser justamente protegido contra la posibilidad de ser responsabilizado por haber obrado de otro modo. (ver: Bufnoir, Cazellas y demás traductores y anotadores del Código alemán, t. II, pág. 213).
Elemental es que quien está legalmente obligado a proteger el bien de otro, como el soldado de un cuerpo de bomberos que durante un incendio salva los bienes o la vida de una persona, mal podría demandar el reembolso de sus gastos necesarios, porque su gestión carecería de la espontaneidad propia del gestor. Así lo estatuye el in fine del art. 121 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia. El salvataje hecho por él sólo sería el cumplimiento de un deber legal.

Art. 2435. — El error en que el gestor incurra respecto de la persona del dueño del negocio, no desnaturalizará el acto; pero no habrá gestión de negocios, si creyendo el gestor hacer un negocio suyo, hiciere los negocios de otro, ni cuando en la gestión sólo ha tenido la intención de hacer una liberalidad.

Ver: arts. 2289 C. argentino; 1860 y 1870 del Anteproyecto de Bibiloni; 1150 del Proyecto argentino de 1936; 1339 parág. 2º C. brasileño; 686 y 687 C. alemán; 1734 C. portugués; 2292 y 2293 C. chileno; 2310 y 2311 C. colombiano; 2311 y 2312 C. ecuatoriano; 2043 y 2044 C. de El Salvador.
La regla según la cual el error sobre la persona del dueño es indiferente, en el sentido de que siempre tendrá el gestor el derecho de obtener el reembolso de sus gastos necesarios, desde que el beneficiado por su gestión no puede enriquecerse injustamente a sus expensas, procede del Derecho romano, según así lo explica Maynz.
Mas si al administrar los negocios de otro, creo yo administrar los míos propios, no habrá gestión de negocios, porque yo habría obrado sin la intención de obligar al verdadero dueño del negocio. También por Derecho romano se negaba en este caso la **actio negotiorum gesterum**, regla ésta última igualmente aplicada a otros casos como por ejemplo en el del que con materiales propios construye en predio ajeno; el del poseedor de buena fe que hace gastos en la cosa reivindicada etc. En ambos casos no procede la **actio negotio rum gestorum** para demandar indemnización, porque no ha habido la intención de administrar por otro. Sin embargo, pueden ambos oponer al propietario reinvindicante una **exceptio doli** o usar del **ius retentionis** hasta ser indemnizado de los gastos hechos en la cosa. (ver Maynz, opus cit. t. II, parág. 274, texto y notas 6 y 7, pág. 475).
Explícase así el art. 686 del Código alemán, según el cual **"Si el gestor incurre en error sobre la persona del dueño, el verdadero dueño del negocio adquiere los derechos y se somete a las obligaciones resultantes de la gestión"**.
Mas esta norma no se aplica —según así lo preceptúa el art. 687 de dicho Código— al que al administrar los negocios de otro cree administrar los propios suyos. En esta hipótesis no hay gestión de negocios, razón por la cual la doctrina alemana enseña que el dueño del negocio y el gestor no pueden hacer valer sus derechos sino en virtud de las prescripciones legales relativas al enriquecimiento sin causa (art. 812 y ss., del mismo Código).

Art. 2436. — Comenzada la gestión, es obligación del gestor continuarla y acabar el negocio y sus dependencias, hasta que el dueño o el interesado se halle en estado de proveer por sí, o bien que puedan proveer sus herederos, si muriese durante la agencia.

Ver: arts. 2290 C. argentino; 1372 y 1373 C. francés; 2028 C. italiano; 1964 y 1966 C. holandés; 2274 C. de Luisiana; 1888 C. español; 116 parág. 2º C. de las Oblig. de la R. de Polonia; 2289 C. chileno; 2307 C. Colombiano; 2308 C. ecuatoriano; 1309 C. uruguayo; 1173 C. venezolano; 957 C. boliviano; 2252 C. guatemalteco; 1295 C. costarricense; 2199 C. hondureño; 2040 C. de El Salvador; 1372 y 1373 C. de la República Dominicana; 5101 C. de Puerto Rico; 1335 C. brasileño; 61 y 62 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3430 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 1861 del Anteproyecto de Bibiloni; 1151 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 441, pág. 296, 5ª edición; Esmein, Raudouant y Gabolde in Planiol y Ripert, t. VII, Nº 730, pág. 14 etc.

Art. 2437. — El gestor de negocios responde de toda culpa en el ejercicio de su gestión, aunque aplicase a ella su diligencia habitual. Pero sólo estará obligado a observar en su gestión el cuidado que suele poner en las cosas propias cuando se encargare del negocio en un caso urgente, para librar al dueño de algún perjuicio si nadie se encargara de sus intereses, o cuando lo hiciera por amistad o afección a él.

Ver: arts. 2291 C. argentino; 1374 C. francés; 1392 C. holandés; 2030 C. italiano; 2277 C. de Luisiana; 1889 C. español; 2288 C. chileno; 2306 C. colombiano; 2307 C. ecuatoriano; 2039 C. de la República del Salvador; 1374 C. de la República Domicana; 1310 C. uruguayo; 1175 C. venezolano; 958 C. boliviano; 2253 C. guatemalteco; 1897 y 1898 C. mexicano; 1296 C. costarricense; 3389 C. nicaraguense; 2200 C. hondureño; 1336 C. brasileño; 5102 C. de Puerto Rico; 62 del Proyecto fusio francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3330 inc. 3º del Esboco de T. de Freitas; 1862 del Anteproyecto de Bibiloni; 1151 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2438 — Si el gestor hubiere puesto en la gestión otra persona, responderá por las faltas del substituto, aunque hubiere escogido persona de su confianza, sin perjuicio de la acción directa que al dueño pueda corresponder.

Ver: art. 2292 C. argentino; 3430 inc. 2º del Esboco de T. de Freitas; 1337 parág. 1º C. brasileño; 1890 parág. 1º C. español.

Art. 2439. — Si fuesen dos o más los gestores, su responsabilidad será solidaria.

Ver: art. 1337 parág. 2º C. brasileño; 1890 parág. 2º C. español; en contra 2293 C. argentino; 3430 inc. 5º del Esboco de T. de Freitas; 1864 del Anteproyecto de Bibiloni.
Dado el principio según el cual la solidaridad debe siempre ser expresa, no hacía falta estatuir, como lo preceptúa el art. 2293 del C. argentino, que cuando fuesen dos o más los gestores, la responsabilidad de ellos no es solidaria, explicándose así que esta disposición haya sido omitida en el Proyecto argentino de 1936. Optamos por la decisión del art. 1337 parág. 2º del C. brasileño y del 1890 parág. 2º del Código español, porque la solidaridad de los gestores y sus subtitutos, mira a dar mayor seguridad al dueño del negocio, siquiera el substituto haya sido elegida por su idoneidad. El gestor, dice Bevilaqua, será más cauteloso ante esta severidad de la ley. De la solidaridad resulta la fiscalización recíproca y una garantía mayor. La responsabilidad del gestor es más fuerte que la del mandatario (autor y opus cits. t. V, pág. 85).

Art. 2440 — La gestión no concluye hasta que el gestor haya dado cuenta de su agencia al dueño del negocio o a quien lo represente. Toda clase de prueba será admitida respecto a la gestión, y a los gastos causados en ella.

Ver: arts. 2296 C. argentino; 3433 parág. 2º del Esboco de TI de Freitas; 2294 C. chileno; 2312 C. colombiano; 2313 C. ecuatoriano; 2045 C. de la R. del Salvador; 2252 inc. 4º C. guatemalteco; 1299 C. costarricense; 1657 y 1636 inc. 4º C. peruano; 3383 y 3384 C. nicaraguense; 1866 del Anteproyecto de Bibiloni; 1160 del Proyecto argentino de 1936. Lo que a este propósito enseña Zachariae, citado por Vélez Sarsfield en su apostilla al art. 2296 del C. argentino, es que en principio, el gestor no tiene acción contra el dueño del negocio, sino por reembolso de los gastos útiles, o sea por los negocios útilmente concluídos, a tenor de lo dispuesto por el art. 1375 del C. francés. Para saber que el negocio ha sido útilmente concluído, debe el negocio ser estimado en sí mismo, sin atención muy exclusiva a su comienzo o a su fin. Un negocio bien iniciado puede tener un mal fin, sin dejar de ser útilmente administrado, según el axioma **Initium spectandum est.** E igualmente puede ocurrir que su resultado, effectus, determine su utilidad. Desde este punto de vista, todo depende de las circunstancias. No se debe confundir la utilidad del negocio, con el beneficio o provecho obtenido por su dueño. Puede un negocio haber sido bien y útilmente administrado desde su comienzo a su fin, sin que su dueño se beneficie, si ha sido impedido de beneficiarse por circunstancias ajenas a la gestión y al gestor. Así un negotiorum gestor se ha inmiscuído en los negocios de otro para hacer reconocer y liquidar un crédito; y apenas terminada su liquidación, podría el deudor caer en quiebra y perderse el crédito. En este caso, el acreedor no obtendría beneficio alguno de la gestión, y sin embargo, ésta ha podido ser útilmente administrada, si según las relaciones existentes entre el gestor y el dueño del negocio, y si según la fortuna del deudor, no hubiese indiscreción o imprudencia en encargarse de la gestión. Cuando la acción del gestor se funda en la utilidad de la gestión, ella es una acción de in rem verso (ver autor y opus cits. t. IV, parág. 622, texto y nota 10, pág. 7).
Cuanto a la prueba que el gestor debe producir enseña Troplong que él debe evidenciar que ha obrado en tal carácter, porque siendo la gestión de negocio un cuasi-contrato, su prueba es independiente de la prueba requerida en materia de contratos (ver autor cit. Du Mandat, Nº 147, pág. 162). Bien dice Vélez Sarsfield en su citada apostilla que no se trata de probar una convención, sino el hecho de donde la obligación resulta. Tal es, por lo demás, la doctrina enseñada por Durantón (ver autor y opus cit. t. XIII, Nº 356, pág. 369, 4ª edición).

Art. 2441 — Toda persona, cuyos negocios hayan sido atendidos en los casos contemplados en los artículos anteriores, siquiera fuese incapaz de contratar, queda sometida a las obligaciones que la ejecución del mandato impone al mandante, con tal que el negocio haya sido útilmente conducido, aunque por circunstancias fortuitas no se obtuviere la ventaja que se esperaba, o si cesó posteriormente.

Ver: arts. 2297 C. argentino; 1375 C. francés; 1042 C. austríaco; 1393 C. holandés; 1724 C. portugués; 2278 C. de Luisiana; 1893 C. español; 959 C. boliviano; 2031 C. italiano; 683 C. alemán; 422 C. Federal suizo de las Obligaciones; 117 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 176 C. Civil de la República de China; 1339 C. brasileño; 2290 C. chileno; 2308 C. colombiano; 2309 C. ecuatoriano; 2041 C. de la República del Salvador; 1311 C. uruguayo; 1176 C. venezolano; 1662 C. peruano; 1903 C. mexicano; 2257 C. guatemalteco; 1298 C. costarricense; 1375 C. de la República Dominicana; 5106 C. de Puerto Rico; 64 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligacionas y los Contratos; 3434 y 3435 del Esboço de T. de Freitas; 1867 del Anteproyecto de Bibiloni; 1156 del Proyecto argentino de 1936. Ver lo que Zachariae dice a este propósito, en la apostilla al art. anterior.

Art. 2442 — El gestor puede repetir del dueño del negocio todos los gastos que la gestión le hubiere ocasionado, con los intereses desde el día en que los hizo; y el dueño del negocio está además obligado a librarle o indemnizarle de las obligaciones personales que hubiere contraído.

Cuando el negocio es de dos o más dueños, su responsabilidad es solidaria, si ratifican la gestión, aunque sea tácitamente.

Ver: arts. 2298 C. argentino; y los artículos citados en la nota al artículo anterior. En lo que respecta a la responsabilidad de dos o más dueños del negocio, ver en contra el art. 2299 del C. argentino y 3434 inc. 4º del Esboço de T. de Freitas. Nos apartamos de la decisión del 2299 del C. argentino, porque si la responsabilidad del gestor de negocios es más dura que la del mandatario, no se comprende que disponiéndose por el art. 1945 del mismo Código que: **Si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedarán obligados solidariamente para todos los efectos del contrato,** se garantice menos enérgicamente al gestor contra los dueños plurales del negocio, si éste ha sido útilmente conducido, sin oposición ni prohibición de aquellos, sobre todo cuando por su ratificación la gestión queda equiparada al mandato. La ratificación de la gestión puede tener lugar, como la del mandante tácitamente, como los dispone el art. 1935 del Código argentino, por hechos que importen una aprobación de lo que hubiere hecho el mandatario, o bien del silencio del mandante, si siendo avisado por el mandatario de lo que hubiere hecho, no le hubiere contestado sobre la materia, y tal es también la doctrina del art. 1470 del presente Código.
La disposición del art. 2299 del Código argentino no es trasiego de ningún precepto legal, sino trasunto de la doctrina enseñada por Aubry y Rau (t. VI, parág. 441, texto y nota 13, pág. 299; Larombiere, t. V, art. 1375, Nº 22, pág. 605; Zachariae, t. IV, parágrafo 622, texto y nota 10 hacia el fin, pág. 7). Y aun estos autores admiten que si los dueños del negocio ratifican la gestión, quedan solidariamente obligados, porque la ratificación equivale al mandato.
Tal, como está el art. 2299 del C. argentino, reproducido sin mayor examen por Bibiloni en el art. 1869 in fine de su Anteproyecto y por la Comisión argentina de reformas del Código en el in fine del inc. 2º del art. 1152 del Proyecto de 1936, es una incongruencia, que no podemos reproducir.

Art. 2443 — El dueño del negocio no está obligado a pagar retribución alguna por el servicio de la gestión, ni a responder de los perjuicios que el ejercicio de la gestión le ocasione.

Ver: arts. 2300 C. argentino; 3434 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2290 C. chileno; 1894 de Goyena; 2308 parág. 2º y 3º C. colombiano; 2309 parág. 2º y 3º C. ecuatoriano; 2041 parág. 2º y 3º C. de la República del Salvador; 1870 del Anteproyecto de Bibiloni; 1152 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Por oposición al mandato que según el art. 1464 del presente Código, se presume oneroso y debe ser remunerado, la gestión de negocios es ensencialmente gratuita, como acto inspirado por la amistad, siquiera con la intención de obligar al dueño del negocio, no a pagar salario alguno al gestor oficioso, sino por los contratos hechos en su interés y para su utilidad evidente, aun cuando sus resultados no hayan sido obtenidos por causas no imputables al gestor. Viene de aquí la limitación de la acción **negotiorum gesterum** contraria a la repetición de sólo la totalidad de los gastos que la gestión le ha ocasionado al gestor, con los intereses a partir del día en que los anticipó, y a obligar al dueño del negocio a liberarle o a indemnizarle de todas las obligaciones personales que haya asumido para los fines de su gestión, sin perjuicio del **derecho de retención**, ínsito en el crédito que dicha acción sanciona.
Reducida a estos términos la acción del gestor contra el dueño del negocio, enseñan Aubry y Rau que él no puede pretender una remuneración lucrativa, tal como así lo decidió el Tribunal de Aix en su sentencia del 20 de diciembre de 1888 (ver autores y opus cits. t. VI, parág. 441, texto y nota 12 ter, pág. 299; Goyena, opus cit. nota al art. 1894 de su Proyecto, t. IV, pág. 246; Esmein, Radouant y Gaboldo, in Planiol y Ripetr, t. VII, Nº 731, texto y nota 5, pág. 16).

Art. 2444 — Si el negocio no fuese útilmente emprendido, o si la utilidad era incierta al tiempo en que el gestor la emprendió, el dueño, cuando no ratificó la gestión, sólo responderá de los gastos y deudas hasta la concurrencia de las ventajas que obtuvo al fin del negocio según las reglas de este Código sobre el enriquecimiento sin causa.

Ver: arts. 2301 C. argentino; 3436 del Esboço de T. de Freitas; 684 C. alemán; 1344 C. brasileño; 1725, 1727 y 1729 C. portugués; 1907 C. mexicano; 1893 C. español; 3375 C. nicaraguense; 2204 C. hondureño; 5106 C. de Puerto Rico; 1871 del Anteproyecto de Bibiloni; 1153 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2445 — El que hace el negocio de una persona contra su expresa prohibición, no puede cobrarle lo que hubiere gastado, a no ser que tuviese un interés legítimo en hacerlo, sea de afección solamente o de honor de familia, pero sin intención de practicar un acto de liberalidad.

Ver: arts. 2303 C. argentino; 2291 C. chileno; 2309 C. colombiano; 2310 C. ecuatoriano; 2042 C. de la República del Salvador; 2254 C. guatemalteco; 1899 C. mexicano; 420 parág. 3º C. Federal suizo de las

Obligaciones; 678 y 679 C. alemán; 118 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 174 del C. Civil de la República de China; 64 parág. 2º del Proyecto italo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 3381 C. nicaraguense; 1297 C. costarricense; 1872 del Anteproyecto de Bibiloni.

Un texto atribuído a Gayo dice: **Solvendo quisque pro alio, licet invito, et ignorante, liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate ejus non potest jure exigere: naturalis enim, simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem meliorem quidem etiam ignorantis, et inviti nos facere posse: deteriorem non posse** (Dig. Lib. III, Tít. V, 30, **Gaius lib. 3, de verborum obligationibus**) o en romance: Cuando se paga por otro sin saberlo y aun a pesar de él, se le libera; pero no se puede exigir lo que se debe sin voluntad a otro: porque la naturaleza y las leyes permiten mejorar la condición de otro sin saberlo y aun contra su voluntad, más no permiten privarle de sus derechos (ver: **Les Cinquante Livres Du Digeste ou Des Pandectes de L'Empereur Justinien**, t. I, pág. 244).

Así también lo enseñó Paulus: **Si pro te presente, et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est. Sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur** (Dig. Lib. XVII, Tít. I, L. 40, Paulus lib. 9 ad Edictum) o en romance: Si a pesar vuestro y en vuestra presencia salí por vuestro fiador, no tengo contra vos ni la acción de mandato, ni la de gestión de negocios. Entienden algunos que en este caso debe acordarse una acción útil. Yo empero, creo con Pomponio que su opinión no debe ser seguida.

Justiniano, al fin de una ley por la que confirmó la opinión de Paulo, Pomponius y Juliano, agregó que si la prohibición de administrar no ha sido notificada a ese **negotiorum gestorum**, sólo podrá negársele la acción por los gastos que hubiese hecho después de dicha notificación, pero no por los anteriores.

Estima Pothier que esta decisión de Justiniano se funda en la naturaleza del cuasi-contrato **negotiorum gestorum** parecido al mandato, en cuanto la gestión tiene lugar sin mandato formal, en virtud de un mandato ficticio y presunto, y a virtud de cuya presunción se entiende que si el dueño del negocio hubiera tenido conocimiento de la gestión que sin saberlo él hacía el gestor, le habría autorizado a hacerlo por ser su agencia de interés para él.

Cuando el gestor obra contra la voluntad o prohibición del dueño del negocio, no puede suponerse ese mandato ficticio, ni formarse el cuasi-contrato de la gestión de negocios.

Mas no justificando Pothier la decisión de las citadas leyes romanas, pregunta si en el caso supuesto del gestor que en presencia del deudor, pero contra su voluntad, afianza su obligación, debe perder la suma que ha debido pagar en cumplimiento de su caución, y de la que el deudor se ha aprovechado al verse liberado de su deuda?.

Esto —agrega— no resiste a la equidad natural, que no permite que el deudor se enriquezca de esta suerte a expensas del fiador, conforme con la regla: **Neminem aequum est eum detrimento alterius locupletari.** Y a falta de la acción **contraria negotiorum gestorum**, de la que no gozo, para obtener la repetición de la suma pagada con que el deudor se ha beneficiado, no procedería — vuelve a preguntar, la acción general **in factum**, que tiene lugar **quoties alia actio déficit?**.

Termina Pothier diciendo que la admisión de esta acción debe sufrir menos dificultades en la jurisprudencia francesa, no sujeta al nombre de las acciones, y a la que le basta la equidad natural para producir una obligación civil y una acción (ver **suor cit. Du Quasi-Contrat Negotiorum Gestorum, in Oeuvres**, t. V, Nºs. 181 y 182, págs 246 y ss.).

Mas disintiendo Aubry y Rau de esta opinión, juzgan que el que inmiscuyéndose en los asuntos de otro, contra la voluntad del dueño del negocio, debe ser considerado como que renuncia a toda acción de repetición (autores y opus cits. t. VI, parág. 441, texto y nota 19, pág. 301). Tal es igualmente el parecer de Toullier (t. XI, Nº 55, pág. 65, 4ª edición; y Durantón, t. XII, Nº 19, pág. 27, 4ª edición). En contra: Marcadé, t. V, sobre el art. 1375, Nº IV, pág. 266; Colmet de Santerre, t. V, Nº 175 bis XI, pág. 307, 2ª edición, Larombiere, t. V, sobre el art. 1375 Nº 24, pág. 606; Troplong, **Du Cautionnement et des Transactions**, Nº 329, pág. 294; Mourlon, **Repetitions Ecrites**, t. II, Nº 1669, pág. 876.

Muy criticada por estos últimos autores la doctrina de Zachariae (t. IV, parág. 622, texto pág. 7) y la de Aubry y Rau, ya expuesta, viene agregado por éstos la salvedad de la procedencia de la acción contraria **negotiorum gestorum** si el gestor que se inmiscuyó en los negocios de otro contra la voluntad o la prohibición formal de su dueño, lo hizo impulsado por un interés legítimo, siquiera fuese de mera afección, por el honor de la familia, pero sin la intención de hacer una liberalidad. Estas limitaciones a la regla romana sancionada por Justiniano, responden a la observación crítica de Durantón, Massé y Vergé, Larombiere, Colmet de Santerre etc., según la cual el dueño del negocio beneficiado a su despecho por la agencia del gestor destituído de la acción **negotiorum gestorum** tendría que ser considerado como quien ha recibido un regalo o una donación, siquiera el gestor no hubiese tenido la intención de hacer una liberalidad.

Tales son las razones que explican la excepción estatuída en la segunda parte del artículo **sub examine**.

No hay duda que la hipótesis de que se trata sólo puede ofrecerse por excepción en la realidad. Así, si impuesto el tío o el abuelo de un deudor acosado por sus acreedores y en trance de ser ejecutado o declarado en quiebra, desoyendo la prohibición injustificada o ridícula de aquél, lo afianza y paga su deuda, pero sin la intención de hacerle una liberalidad, debe gozar de la acción **negotiorum gestorum** para reembolsarse lo gastado y en la medida en que el deudor se benefició por su gestión.

Art. 2446 — Cualquiera que sean las circunstancias en las cuales una persona hubiera emprendido los negocios de otra, la ratificación del dueño del negocio equivale a un mandato, y le somete para con el gestor a todas las obligaciones del mandante. La ratificación tiene efectos retroactivos al día en que la gestión principió.

Ver: arts. 2304 y sus concordantes 1161, 1330, 1931, 1935 y 1936 del C. argentino; 2032 C. italiano; 681 segunda parte C. alemán; 424 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1726 C. portugués; 1892 C. español; 120 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 178 del C. Civil de la República de China; 65 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1343 C. brasileño; 2287 C. chileno; 2305 C. colombiano; 2306 C. ecuatoriano; 2038 C. de la República del Salvador; 1372 in fine del C. de la República Dominicana; 5105 C. de Puerto Rico; 1369 in fine del C. uruguayo; 957 parág. 3º C. boliviano; 1177 C. venezolano; 1906 C. mexicano; 1661 C. peruano; 3374 C. nicaraguense; 2203 C. hondureño; 1372 in fine C. francés; 2274 parág. 2º C. de Luisiana; 3428 Inc. 6º; 3430 y 2442 del Esboco de T. de Freitas; 1873 del Anteproyecto de Bibiloni; 1157 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2447 — El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de la gestión hizo con terceros, aunque los hiciese en nombre del dueño del negocio, si éste no hubiese ratificado la gestión. Los terceros, mientras el dueño del negocio no ratifique la gestión, sólo tendrán derecho contra el gestor, y sólo podrán demandar al dueño del negocio por las acciones que contra éste correspondían al gestor.

Ver: arts. 2305 C. argentino; 1727 C. portugués; 2030 C. italiano; 1344 C. brasileño; 684 primera parte C. alemán; 1907 C. mexicano; 3376 a 3379 C. nicaragüense; 1874 del Anteproyecto de Bibiloni; 1159 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; confróntese: Aubry y Rau, t. VI, parág. 441 aa fin, 5ª edición.

Art. 2448 — Las disposiciones precedentes no se aplicarán cuando alguno gestione el negocio de otro en la creencia de gestionar el suyo propio. En este caso el dueño y el gestor no podrán hacer valer sus recíprocos derechos sino en virtud de las prescripciones relativas al enriquecimiento sin causa.

Si alguno a sabiendas de no tener derecho gestiona el negocio de otro, puede el dueño hacer valer los derechos que resultan de los arts. 2435, 2436, 2437, 2438, a 3451, y si los hiciere valer, quedará obligado para con el gestor conforme a lo dispuesto en el art. 2448, sin perjuicio de la aplicación de las prescripciones relativas a los actos ilícitos, si hubiere lugar.

Ver: arts. 687 C. alemán; 1734 C. portugués; 1345 C. brasileño; 1300 C. costarricense; 3385 C. nicaragüense; 1876 del Anteproyecto de Bibiloni y 1155 del Proyecto argentino de 1936.
En el caso contemplado en el primer parág. del presente artículo, evidente es que no se trata de una gestión de negocios a causa del error de hecho sufrido por el gestor. Sabe a superfluidad estatuirlo. Mas, siguiendo inspiraciones de los compiladores del Código alemán, nos decidimos a consagrarlo expresamente, con la aclaración de que no procediendo la acción negotiorum gestorum, pueden las partes accionar recíprocamente por aplicación de los preceptos relativos al enriquecimiento sin causa.
En la hipótesis del parágrafo segundo de nuestro artículo, el gestor, sabedor o conciente de no tener derecho a inmiscuirse en los negocios de otro, se inmiscuye en ellos de mala fe. En este caso, la ley faculta al dueño a accionar contra el gestor con arreglo a los preceptos citados en el texto, según como sean las circunstancias presentadas por la gestión, pero con la advertencia de que si hiciese valer tales derechos, quedará obligado para con el gestor a las consecuencias derivadas del ejercicio de la acción contraria de gestión de negocios.
Un caso parecido al de nuestro artículo se halla contemplado por el art. 1734 del Código portugués, reproducido casi literalmente por el art. 1345 del C. brasileño, cual es el del gestor que teniendo intereses de tal modo conexos con los de otra persona no pudiese atender los propios sin inmiscuirse al mismo tiempo en los ajenos.
En tal supuesto, el art. 1734 del Código portugués preceptúa que entre el tercero y el gestor se forme una sociedad de hecho, de suerte que por efecto de esta sociedad, el tercero queda obligado sólo en proporción de las ventajas que obtuviere, decisión igualmente estatuida por el in fine del art. 1345 del C. brasileño.
En puridad sólo se trata de una mera analogía del caso con el de la sociedad, pero sin que tal sociedad exista, porque si lo propio de esta figura jurídica es la comunidad de las ganancias y las pérdidas, en la conexión de negocios contemplada en el presente caso, el dueño sólo queda obligado por las ventajas que la gestión le ha proporcionado.
En el condominio existe, sin duda, una conexión de intereses entre los condóminos.
Mas autorizado legalmente el condómino nombrado administrador de la cosa común a hacer reparaciones en ella, no obraría como gestor de negocios, sino como mandatario, tal como lo preceptúa el art. 2701 del C. argentino, sin dejar de ser codueño de la cosa indivisa, con derecho a los frutos de ella en proporción del valor de su parte, y si fuesen dos o más los condóminos mandantes, quedarían solidariamente obligados hacia el condómino administrador.
Rigiéndose en la sociedad los derechos y las obligaciones de los administradores por las normas del mandato, tal como lo preceptúa nuestro art. 1586, y preceptuándose por nuestro art. 1467 que los actos de extralimitación del mandatario son de su cargo, ocioso es que el gerente de una sociedad que excede de sus poderes obra como agente oficioso, o sea como gestor de negocios ajenos, expuesto a la acción de in rem verso. (ver: Bevilaqua, opus cit. t. V, pág. 95 y Bibiloni, t. II, pág. 411).

Art. 2449. — Si el gestor incurrió en error sobre la persona del dueño del negocio, el que resulte verdadero estará sujeto a las obligaciones y adquirirá los derechos derivados de la gestión, en los casos y por el modo establecido en los artículos precedentes.

Ver: art. 1877 del Anteproyecto de Bibiloni. Es conforme con lo dispuesto en la primera parte de nuestro art. 2433.

Art. 2450. — Los gastos funerarios hechos por terceros con arreglo a la calidad de la persona y usos del lugar, serán siempre abonados al que sin ser gestor de negocios los hubiera pagado. Tales gastos sólo comprenden los de sepultura y entierro, y no los hechos en sufragio del alma después de sepultado el cadáver, aunque el difunto los hubiera dispuesto.

Ver: arts. 2307 C. argentino; 3448 del Esboço de T. de Freitas; 1342 C. brasileño; 1894 segunda parte C. español; 1909 C. mexicano; 3388 parág. 2º C. nicaragüense; 2205 parág. 2º C. hondureño; 5107 parág. 2º C. de Puerto Rico; 1878 del Anteproyecto de Bibiloni; 1158 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2451. — No dejando el difunto bienes, los gastos funerarios serán pagados por el cónyuge sobreviniente, y si éste no tuviese bienes, por las personas que tenían obligación de alimentar en vida al difunto.

Ver: arts. 2308 C. argentino; 3449 del Esboço de T. de Freitas; 1158 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; y los artículos de los códigos extranjeros citados en la nota anterior.

Art. 2452. — Los gastos hechos en favor de una persona, que entrasen en la calidad de gastos de alimentos, podrán ser reclamados por el que los hizo si fuesen urgentes y no permitiesen por esta causa dar aviso a los que debían satisfacerlos.

Están obligados a reembolsar tales gastos los que por disposición de la ley deben la prestación de alimentos.

Ver: arts. 1880 del Anteproyecto de Bibiloni; 1159 del Proyecto argentino de 1936; 1894 parág. 1º C. español; 3398. primera parte C. nicaraguense; 2205 primera parte C. hondureño; 5107 primera parte C. de Puerto Rico.

Art. 2453. — El gestor debe tener capacidad de contratar.

Ver: 2029 C. italiano; 1173 parág. 3º C. venezolano; 1656 parág. 2º C. peruano.

TITULO LIII

DEL PAGO DE LO INDEBIDO Y DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Art. 2454. — El que por una prestación hecha por otro o de cualquier otra manera, realiza una adquisición sin causa jurídica a expensas del que la hace, queda obligado a restituírsela. Esta obligación existe igualmente cuando la causa jurídica original desaparece después, o cuando el resultado perseguido mediante una prestación, según el tenor del acto jurídico, no se realiza.

Se asimila igualmente a una prestación el reconocimiento hecho por contrato de la existencia o inexistencia de una deuda.

Ver: arts. 812 C. alemán; 62 C. Federal suizo de las Obligaciones, 123 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 179 C. Civil de la República de China; 1376 C. francés; 70 y 73 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1396 C. holandés; 2279 C. de Luisiana; 2041 C. italiano; 1431 y 1435 C. austriaco; 1895 C. español; 786 a 788 C. argentino; 960 C. boliviano; 1316 C. uruguayo; 1180, 1181, 1182 y 1184 C. venezolano; 1283 y 1284 C. peruano; 2300, 2301 C. chileno; 2318 y 2319 C. colombiano; 2319 y 2320 C. ecuatoriano; 804 C. costarricense; 2073 y 2074 C. nicaraguense; 2207 y 2208 C. hondureño; 2259 y 2260 C. guatemalteco; 1883, 1884 y 1885 C. mexicano; 1378 y 1379 C. de la República Dominicana; 2051 y 2052 C. de la República del Salvador; 5121, 5122 y 5123 C. de Puerto Rico; 1365 del Anteproyecto de Bibiloni; 852 del Proyecto argentino de 1936.

Acertadas, como son, las observaciones críticas de Bibiloni a los preceptos del Código argentino relativos a **"lo dado en pago de lo que no se debe"** (arts. 784 a 798), con que evidenció la falta de sistematización de esta materia, por la dispersión de diversas disposiciones que ora traten de las obligaciones de dar (arts. 588 a 590); ora de la locación (art. 600); ora de las **condiciones sine causa** del pago y de las nulidades (arts. 1052 a. 1057); o de los contratos (art. 1165); de la sociedad (art. 1659); del comodato. (art. 2261); de los contratos aleatorios (arts. 205 a 2062; de la gestión de negocios, del dominio, del usufructo etc., en todos los cuales se disciplinan las prestaciones hechas **"sin causa"**, no revelan un pensamiento firme del legislador acerca del verdadero fundamento de la acción de enriquecimiento indebido, no hemos dudado en optar con él por las reformas legislativas contenidas en el Código alemán sobre esta misma materia, código que a juicio de Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Saleilles y demás traductores y anotadores franceses de dicho Código, es muy superior en esta materia, a todas las legislaciones europeas (ver autores y opus. cits. t. II, pág. 367; Bibiloni, **opus cit.** t. II, pág. 216, edición Kraft).

Dejando de lado las dificultades técnicas que los compiladores del Código alemán debieron superar en la organización de un sistema de las condiciones aplicables a los casos previsibles de enriquecimiento restituible, sistema de que el Derecho romano careció, salvo disposiciones aisladas y dispersas, y reducido a sólo el **"pago de lo indebido"** en los códigos francés (arts. 1376 a 1381) e italiano de 1942 (arts. 2033 a 2040), a causa de la naturaleza abstracta de la mayor parte de los títulos de adquisición del Código alemán, sea de muebles, o de inmuebles, los cuales producen efectos automáticos, independientemente de la relación contractual subyacente (contrato de enajenación, promesa abstracta, reconocimiento de deuda, títulos a portador), y de la imposibilidad de acertar con el criterio mediante el cual puede establecerse la ilegitimidad del enriquecimento, sin la interyención de la noción de causa, diremos que las hipóesis en que el citado Código admite la **condictio**, son:

1º) falta o desaparición de la **causa jurídica** sea de una prestación, o del reconocimiento de la existencia o inexistencia de una obligación **(datio, obligatio, liberatio)**; no realización del fin perseguido (art. 812 C. alemán);

2º) existencia de una excepción perentoria (art. 813);

3º) acto de disposición cumplido por un no habiente derecho o prestación hecha a un no habiente-derecho (art. 816);

4º) prestación ilícita o inmoral a **parte accipientis**, y obligación ilícita o inmoral **ex utraque parte** (art. 817).

Por el contrario, la **condictio** es negada:

a) cuando la prestación ha sido ejecuatda a sabiendas de su carácter no obligatorio, por responder a un deber de moral o de conciencia (art. 813);

b) cuando la obtención del resultado ha sido imposible o trabada por el deudor (art. 815); y

c) cuando la prestación era ilícita o inmoral **a parte dantis o ex utraque parte** art. (817).

Los arts. 818 a 822 fijan la extensión de la restitución. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 366 a 368).
Explicando los mismos autores los alcances del art. 812, fuente de nuestro art. 2454, enseñan que la adquisición **a expensas de otro** puede consistir en un aumento de fortuna por la posesión de una cosa o de un derecho que otro entrega, transfiere o hace, como prestación a su cargo, o de cualquier otra manera. Poco importa que el desplazamiento del bien haya sido hecho por el propio perjudicado, o por un tercero, o por el **accipiens**, por un acto jurídico o por un accidente material, por aluvión, por ejemplo, intencionalmente o por descuido.
Y aun cuando a todo aumento o acrecimiento de bienes de un lado corresponde en general una disminución de bienes de la otra, se ha cuidado de evitar expresiones connotativas de que el aumento procede de bienes de la otra parte, porque casos hay en que no procede de la fortuna del perjudicado, como ocurre con la renuncia que el heredero hace de la herencia que le es deferida, porque esta herencia no hace parte de su fortuna, de que el heredero que le sigue en grado sucesible no la obtiene de los bienes de aquél que la renunció. Mas si éste, por fraude o supercheria del sucesible que le sigue en grado, renuncia la herencia, tendría derecho a la reparación del daño por aplicación del art. 852 del mismo Código. Tal es la razón por la cual nuestro artículo, a igual que su fuente, sólo subordina el ejercicio de la **condictio** a que el enriquecimiento sea logrado **"a expensas"** del perjudicado.
Cuanto al empleo de la noción de **causa jurídica**, como criterio de enriquecimiento ilegítimo, cumple advertir que no debe entendérsela según la mal llamada doctrina de Domat y de Pothier, como prestación a cargo de cada una de las partes de un contrato sinalagmático, por oposición a los simples **"motivos"** del obrar, dada la insuficiencia de esta concepción, especialmente en las donaciones con cargo, sino como la intención motivada del agente, según lo hemos explicado en nuestro Tratado de las Obligaciones (t. I, Cap. XIV, Nºs. 202 a 219; y Cap. XXV, 380 a 400).
Harto se sabe a través de la explicación de Josserand acerca del estado actual de la noció subjetiva de la **causa**, en que la jurisprudencia francesa de nuestros días ha fundado sus decisiones sobre la base de investigaciones psicológicas de los **motives** o móviles del obrar, como **causa impulsiva y determinante**, y única, a favor de la cual puede sancionarse de nulidad no sólo los actos de liberalidad, sino también los actos a título oneroso, inficionados de causa ilícita. (ver: autor cit. **Les Mobiles dans les Actes Juridiques du Droit Privé**, Nºs. 122, pág. 162 y ss.). Los citados traductores y anotadores franceses del Código alemán agregan a este propósito que "este Código ha extendido el campo de investigación del juez y le ha permitido apreciar, con el nombre de **causa**, algunos de los motivos determinantes de la obligación". (t. II, pág. 370).
Mas no tratándose en el presente caso de la aplicación de la noción subjetiva de la **causa** para demandar la nulidad de un acto jurídico, sino de obtener la repetición de la prestación hecha **sin causa**, el art. 812 del C. alemán remite su apreciación **"al tener del acto jurídico"**, de suerte que, siendo así la **causa jurídica** no debe ser buscada fuera del contenido objetivo del acto, delimitado por la declaración de voluntad, como medio de caracterizar lo indebido y fundar la restitución (Saleilles, **Obligations**, nota a las páginas 461 a 464).
La prueba de que están reunidas las condiciones del enriquecimiento sin causa son de cargo del que hace valer su derecho. Debe éste evidenciar que el demandado ha adquirido alguna cosa a sus expensas, además **de no haber causa jurídica**, o que la **causa jurídica procedentemente presentada** ha desaparecido, o que el efecto a cuya realización se enderezaba la prestación se ha frustrado o no se ha logrado. Esta última proposición ha dado lugar a discusiones (ver: Windscheid, **Pandette**, t. II, parág. 429 y nota 1, pág. 666; y Enneccerus y Lehmann, Derecho de as Obligaciones, vol. II, Doctrina Especial, parág. 442, pág. 580, versión castellana de Pérez González y Alguer). Mas, a lo que parece, el Código dejó intencionalmente la solución de esta cuestión a la doctrina, que, por ser muy vasta, no podríamos recapitular en esta apostilla.
Explicando Enneccerus esta árdua cuestión enseña que no habiendo manera de resolverla mediante una fórmula unitaria, sólo cabe zanjarla o sea saber que el enriquecimiento es injustificado, según tres categorías principales del desplazamiento patrimonial: 1º según que el enriquecido haya obtenido algo por la voluntad del perjudicado, o sea en virtud de una prestación hecha por él; 2º o sin la voluntad de éste, pero mediante un acto de una persona; y 3º o bien sin el acto de persona alguna, sólo a consecuencia de una disposición legal.
Viniendo luego a aclarar cada una de estas hipótesis, agrega:
I) En el primer caso, si el enriquecimiento se basa en una **prestación del perjudicado**, existe siempre una causa en sentido subjetivo, pues las declaraciones de voluntad y las prestaciones correlativas que disminuyen el patrimonio, no se ejecutan sin fundamento y sin fin. En este caso, sólo por excepción el enriquecimiento estará injustificado, a saber: 1. cuando, no obstante, falte una fijación válida de fin, por no haberse perfeccionado el negocio causal o porque el negocio es nulo. En esta hipótesis se subdistinguen tres casos: a) la prestación es hecha para la extinción de una deuda inexistente (**condictio indebiti**); b) la prestación se hace con un fin determinado de manera que el receptor al aceptar ha obrado contra una prohibición legal o contra las buenas costumbres (**condictio por recepción reprobable**), caso en el cual, el convenio final es nulo; y c) los demás casos en que el convenio final no se perfecciona o es nulo (por una causa que no afecte a la prestación), las cuales se agrupan bajo el nombre de **condictio sine causa**.
Dos otras hipótesis de frustración del fin perseguido por el que hace la prestación, son las siguientes:
a) si aun habiéndose fijado con eficacia jurídica un fin futuro, este fin no es alcanzado, caso en el cual el enriquecimiento es injustificado; como por ejemplo una donación hecha en vista del matrimonio del donatario, y el matrimonio no se realiza;
b) si habiéndose fijado eficazmente el fin en la declaración de voluntad del que cumple la prestación, y este fin es logrado de momento, pero para desaparecer posteriormente, también el enriquecimiento es injustificado, (**condictio causa finita**), como por ejemplo, la prestación hecha en virtud de un contrato sinalagmático, y la contraprestación se hace imposible sin culpa del deudor, determinando la resolución del contrato.
II) Si el enriquecimiento se opera sin la voluntad del perjudicado, por obra de otra persona o, a consecuencia de un error por él mismo, es por lo regular injustificado. El enriquecido no tiene derecho alguno a intervenir en el patrimonio del perjudicado, y un acto de éste, cuyo efecto no ha conocido ni querido, no puede servir de justificación al enriquecimiento.
El que sin tener derecho lleva a cabo una disposición eficaz en relación a su titular, responde hacia éste del enriquecimiento obtenido mediante la disposición (**condictio por disposición sin derecho**). Si la disposición implica un delito, como en la venta de cosa ajena, habrá lugar a una pretensión de indemnización. El enriquecido por delito responde del enriquecimiento, siempre que la pretensión de indemnización no haya prescrito.
III) Si el enriquecimiento no tiene por base el acto de una persona, sino la ley, (como en los casos de usucapión, plazo de caducidad, prescripción etc.), se debe distinguir: si el fundamento y fin de la disposición legal permite inferir que la ley se proponía no sólo un desplazamiento del derecho sino provocar también un desplazamiento del valor patrimonial, se excluye la **condictio**. Mas, si por el contrario, el fundamento y finalidad de la disposición legal sólo justifican un desplazamiento del derecho, pero no un desplazamiento del valor patrimonial, se debe admitir la **condictio**.
Explicando Enneccerus estos particulares, enseña que la improcedencia de la **condictio** en el caso del enriquecimiento por usucapión, o por la prescripción, o por el transcurso de un plazo de caducidad, no falta la **causa**, y el enriquecimiento se justifica por el fin general que tienen esas instituciones de garantizar la seguridad de los derechos, salvo que el poseedor **ad usucaplonem** hubiera obtenido la posesión en virtud de una enajenación **sin causa**.
El poseedor de buena fe que hace suyos los frutos que constituyen el rendimiento de una explotación ordenada, sólo se enriquece injustamente si también hace suyos los frutos que no constituyen el rendimiento

de la explotación, como por ejemplo, los árboles derribados por un vendaval, o si ha obtenido gratuitamente a nombre propio un derecho real de disfrute, casos en los cuales debe restituir todo aquello con que se ha enriquecido.
No produciendo un desplazamiento patrimonial material la transmisión de la propiedad en virtud de unión, mezcla o especificación, pero sí la pérdida del derecho de propiedad, puede el anterior propietario exigir de aquel a cuyo favor se ha producido la modificación jurídica, una compensación en dinero según los principios sobre el enriquecimiento injusto.
El que por extravío pierde la propiedad de una cosa tiene una acción de enriquecimiento contra el que la encuentra, pero sujeta a prescripción por el transcurso del tiempo fijado por la ley. (ver: Enneccerus, opus cit. vol. II, parág. 442, pág. 580 a 588; Schneider y Fick, opus cit. I, pág. 176 a 178; Rossel, opus cit. t. I, Nº 154 y 155 pág. 118; Bevilaqua, opus cit. t. IV, pág. 123 y ss.; Bibiloni, t. II, pág. 218).

Art. 2455. — La prestación efectuada indebidamente con el fin de cumplir una obligación puede igualmente ser repetida cuando el que la haya hecho disponga de una excepción perentoria mediante la cual pueda el ejercicio del derecho ser neutralizado de una manera permanente.

Lo que se haya prestado para satisfacer una demanda prescripta no podrá repetirse, aunque se la haya efectuado en la ignorancia de su prescripción.

Si se cumpliere antes de tiempo una obligación a plazo no podrá ejercerse la acción de repetición, ni exigirse intereses por el tiempo intermedio.

Ver: arts. 813 y 222 parág. 2º C. alemán; 63 segunda parte del C. Federal suizo de las Obligaciones; 180 parágrafo 2º C. Civil de la República de China; 1285 C. peruano; 970 C. brasileño.
La primera parte de nuestro artículo, reproducción del parág. 1º del art. 813 del C. alemán, contempla la **condictio indebiti** por inexistencia de deuda, la cual supone: 1º que se haya prestado algo con la intención de cumplir una obligación personal, o de una pretensión real o de derecho sucesorio, siquiera la cosa dada por el **solvens** no sea el objeto mismo de la pretendida deuda; y 2º que la deuda no existiese al tiempo de la prestación, sea por no haber existido nunca, como por estar ya extinguida, y el que haya hecho la prestación disponga de una excepción perentoria, como la cosa juzgada, la transacción o la prescripción de treinta años que, por su naturaleza, neutralice definitivamente el ejercicio del derecho.
Las excepciones de 10 y de 20 años pueden dejar subsistente una obligación en el ámbito de la conciencia, que cumplidas autorizan la **solutio retensio**, único actual efecto de las obligaciones que, por tradición del Derecho romano, se llaman "**naturales**".
Los traductores y anotadores franceses del Código alemán (Butnoir, Cazelles, Drioux etc.) señalan, por vía de ejemplo de las excepciones perentorias, la excepción fundada en la responsabilidad limitada del heredero **intra vires hereditatis**, a tener del art. 1990 del C. alemán, pero que en nuestro derecho sería el caso del heredero beneficiario, que sólo responde con los bienes dejados por su causante, y no responde si la sucesión carece de bienes. Otro ejemplo, según los mismos autores sería el de la excepción fundada en la causa ilícita de la deuda.
Si la excepción es meramente dilatoria no procede la **condictio**.
Windscheid menciona, como ejemplo, de la excepción perentoria la **exceptio quod metus causa, dell**, instituída por los Senatus Consultos Macedoniano y Veliano, destinada a proteger de una manera muy eficaz al que había consentido un acto bajo la acción de una violencia ejercida sobre él, **vis ac metus**, la cual, aun dejando de ser útil por haberse ejecutado el acto, permitía al paciente ejercer una acción de restitución de la cosa arrebatadale, **actio quod metus causa**, de naturaleza rei persecutoria, contra cualquiera que estuviese en posesión de la cosa (ver Maynz, t. I, parág. 74, 2, pág. 611 y t. II, parág. 203, 168 y ss.).
Agrega Windscheid que el obligado protegido por la excepción es igual, desde el punto de vista del resultado económico, al no obligado "**Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest; ceterum si potest, dicendum non esse obligatum**" (ver auotr y opus cit. I, parág. 82, texto y nota 3, pág. 266).
El parágrafo 2º de nuestro artículo contempla la obligación natural a que se reduce el pago de una deuda prescrita, tal como lo preceptúa el art. 515 inc. 2º del C. argentino, y la que, como tal, una vez cumplida autoriza a retener lo que se haya dado por razón de ella.
La improcedencia de la **condictio** en el caso del pago de una obligación antes del vencimiento del plazo, se funda en que el crédito existía ya y se extinguió en virtud del pago. Tampoco puede pedirse en este caso el **interusurium**. Si se paga una deuda condicional antes de cumplirse la condición, ha lugar a la **condictio**.

Art. 2456. — La prestación efectuada indebidamente con el objeto de cumplir una obligación, no puede ser repetida si el deudor sabía que no estaba obligado a hacerla o si la prestación respondía a un deber moral o una consideración de conveniencia.

Tampoco procede la repetición, aunque no se tuviera ese conocimiento, si el acreedor, por consecuencia del pago, hubiese destruído de buena fe el título de la deuda. En este caso el tercero podrá repetir del verdadero deudor.

Ver: ars. 814 C. alemán; 63 C. Federal suizo; 1377 C. francés; 180 incisos 1º y 2º C. Civil de la República de China; 1280 C. peruano; 67 del Proyecto italo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 965 del C. brasileño; 1895 C. español; 2280 C. de Luisiana; 2295 C. chileno; 2313 C. colombiano; 2314 C. ecuatoriano; 2046 C. de la República del Salvador; 1312 C. uruguayo; 2033 C. italiano; 1178 C. venezolano; 1280 C. peruano; 1892 C. mexicano; 2258 C. guatemalteco; 803 C. costarricense; 2069 C. nicaraguense; 2212 C. hondureño; 1377 C. de la República Dominicana; 5127 C. de Puerto Rico; 784, 790 y 791 C. argentino; 1366 del Anteproyecto de Bibiloni; 858 incisos 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936.
Por el presente artículo, a igual que por su fuente, se consagra el antiguo principio romano según el cual el derecho de repetición se funda en el error del **solvens**, en defecto del cual, la ley presume que éste ha tenido la intención de dar, o al menos la existencia de una causa que el autor del pago ha querido disimular, causa que puede ser lícita o ilícita. Así, puede esta causa consistir en un deber moral o de conciencia, o una atención de decoro, cuando se conceden alimentos a los pacientes pobres de uno en la creencia de tratarse de una obligación legal, o cuando un deudor común satisface por error a sus acreedores en una cuota superior a la establecida en el convenio voluntario.

La jurisprudencia alemana, contrariamente al Código civil francés (arts. 1376-1377) al Código italiano (art. 2036), al Código federal suizo de las Obligaciones (art. 63) al Código argentino (art. 784), y demás códigos vaciados en los moldes del primero, presume que el que paga una deuda, paga porque cree en la existencia de la deuda, a menos de considerarle incurso en un error grosero. Viene de aquí que por aplicación de nuestro artículo, corresponda a la parte que ha recibido la prestación la prueba de que el solvens no ha incurrido en error alguno, o que al efectuar la prestación fue movido por la intención de cumplir un deber moral, o por una consideración o atención de decoro. Deber moral y obligación moral son para la ley conceptos idénticos, los que una vez cumplidos dan lugar a la **solutio retentio**, tal como lo explicamos bajo el Nº 92 del t. I de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones, pág. 72. (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores del Código alemán, t. II, pág. 372 y ss.).
Enseña Enneccerus que para la aplicación del art. 814 del C. alemán, basta cualquier error, sea de hecho o de derecho, excusable o inexcusable, incluso una simple duda, a menos que el pago se haya hecho en concepto de no reembolsable en caso alguno.
Agrega nuestro autor que si el conocimiento del hecho de no estar obligado excluye la **condictio indebiti**, no excluye una **condictio** que tenga otro fundamento, como la **ob causam datorum**. Así, el que, en virtud de un contrato sinalagmático, nulo por su forma, presta en la esperanza del cumplimiento voluntario de la otra parte, puede repetir lo pagado a tenor del art. 812 del C. alemán.
Finalmente apunta Enneccerus que por aplicación del art. 814, si el **accipiens** se niega a la restitución, no le será necesaria al **solvens** la prueba de que padeció error, sino sólo la de la inexistencia de la obligación. Siendo así, el error, fenómeno psicológico, connotativo de la falta de intención, sería inferido de un hecho objetivo e incontrovertible (ver autor y opus cit. volúmen II, parág. 443, Nº 3, pág. 591).
El parágrafo 2º de nuestro artículo procede de la segunda parte del art. 1377 del Código francés, e igualmente trasegado al art. 2036 del C. italiano; 1397 del C. holandés; 2288 segunda parte C. de Luisiana y demás códigos compilados a imagen y semejanza del francés. No procede la repetición si a consecuencia del pago hecho por error del solvens, el acreedor destruye de buena fe el título de la deuda que podría permitirle dirigirse, en caso de reembolso al primero, al verdadero deudor. Tal es la razón por la cual, en esta hipótesis, el que pagó por error, sólo podrá accionar contra el verdadero deudor.

Art. 2457. — No puede repetirse la prestación hecha en vista de un resultado que desde el principio era imposible y el que efectuó la prestación lo sabía, o impidió de mala fe su realización.

Ver: arts. 815 C. alemán; 793 C. argentino; 1370 del Anteproyecto de Bibiloni; 858 Inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.
Consagra el presente artículo la **condictio ob rem (causa data, causa non secuta)** del Derecho romano, también contemplada en el art. 793 del C. argentino.
La Ley 1, parág. 2, Libro XII, título VII del Digesto estatuye que: **Sive ab initio si ne causa promisum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore,** o en romance: Procede esta acción, sea que desde su origen se haya obligado sin fundamento, sea que la causa en consideración a la cual se haya uno obligado haya tenido ya su efecto en el momento de contraerse la obligación, sea en fin que ella no haya tenido lugr. (Ulpiano; Maynz, opus cit. t. II, pág. 431, nota 3; pág. 335, nota 22; pág. 338, nota 40; parág. 276, pág. 482 y ss.; Cuq, opus cit. t. II,, pag. 505; Girad, opus cit. pág. 621, 4ª edición; Molitor, **Les Obligations en Droit Romain**, t. III, Nº 869, pág. 62; Bonfante, Instituciones de Derecho Romano, pág. 496; Jors y Kunkel, Derecho Privado Romano, pág. 356; Perozzi, **Istituzioni di Diritto Romano**, t. pág. 261 y 353, 2ª edición; Arangulo-Ruiz, Instituciones de D. Romano, pág. 353 y 403; Biondi, **Istituzioni di Diritto Romano**, pág. 412 etc.).
Ni el Código francés, ni ninguno de los vaciados en sus moldes, registran una disposición consagratoria de la regla de Ulpiano antes enunciada, salvo el C. argentino cuyo art. 793, inspirado en un texto de la obra de Aubry y Rau, afirmativo de ella. No obstante el silencio del Código francés, dicha regla es admitida por la jurisprudencia, porque no es contraria a los principios generales de dicho Código.
La regla que nos ocupa se aplica independientemente de todo error, y sin consideración a si la prestación fue hecha con la intención de cumplir una obligación natural, o por el deseo de satisfacer un sentimiento de equidad, de conciencia o de delicadeza o de honor. El ejemplo con que Aubry y Rau la ilustra es el de la suma dada a títulos de dote, en vista de un matrimonio legalmente imposible, o que de hecho no se ha celebrado, casos en los cuales, la prestación puede ser repetida en virtud de una **condictio sine causa** (Ver autores y opus cits. t. VI, parág. 442 bis, texto I notas 4 y 5, pág. 320, 5ª edición).
La doctrina romana precedente es admitida en el Derecho alemán, algunos de cuyos expositores, como Enneccerus, ejemplifican la mencionada regla punto menos que con las mencionadas hipótesis de Aubry y Rau: la entrega de una dote antes de la conclusión de un martimonio; la prestación hecha con el fin de cumplir una obligación condicional en la esperanza del cumplimiento de la condición; la donación entre prometidos y la entrega de un objeto, como signo o arras de los esponsales.
Agrega nuestro autor que la fijación del fin debe resultar del contenido del negocio. Por lo regular es, pues, menester un convenio sobre el fin. Una simple presuposición, en el sentido en que la explica Windscheid, no puede dar fundamento a una **condictio**. Así, lo que se dona en espera de la gratitud del donatario no puede ser repetido si esa esperanza no se cumple. El que compra cosas para dotar a su hija, no tiene **condictio** por lo regular si el matrimonio no se perfecciona, aunque el vendedor conociera tal finalidad. El resultado debe haber fracasado, sin consideración a cómo se frustró.
Sin embargo, la **condictio** se excluye en los siguientes casos:
a) Cuando el resultado fuera **definitivamente imposible desde el principio** y el que prestó lo sabía, pues, entonces, no puede decirse en serio que se propuso el fin mediante la prestación.
b) Si el que prestó impide el resultado obrando contra la buena fe.
Nuestro artículo, como su fuente, no regula la cuestión de la carga de la prueba.
No obstante, nuestro autor juzga que el que repite debe probar, en primer lugar, la prestación y, en segundo lugar, que según el contenido del negocio jurídico, aquélla se hizo en consideración al futuro resultado. Mas se discute si el demandante ha de demostrar el fracaso del resultado o si compete al demandado probar que el resultado se consiguió (ver autor y opus cits. vol. II, parág. 444, pág. 595 y ss.)

Art. 2458 — Cuando una persona ejecuta un acto de disposición de un bien sobre el cual no tiene derecho alguno que produce efectos respecto del verdadero titular del derecho, está ella obligada a restituir a éste todo cuanto obtuvo del acto de disposición. Si éste fue a título gratuito, el adquirente queda directamente obligado hacia el verdadero titular en los mismos términos que el enajenante.

Si se hiciese al que no tenga derecho a ello una prestación que produzca efectos respecto del que lo tenga, estará obligado el primero para con el segundo a restituirle lo que le haya sido prestado.

Ver: art. 816 C. alemán; 181 C. Civil de la República de China; 1373 del Anteproyecto de Bibiloni; 859 del Proyecto argentino de 1936.
Mirando el presente artículo a la protección a la buena fe, consagra la **condictio** por disposición sin derecho, tan frecuente en la vida de relación, así respecto de muebles o inmuebles y numerosas en el Código alemán, casos todos en los cuales el **accipiens** destituído de derechos para adquirir, no se enriquece directamente a expensas del perjudicado, pero queda obligado a restituir aquello con que se enriqueció.
Un ejemplo de aplicación de esta **condictio** es el acto de disposición realizado sobre un objeto puesto bajo condición **suspensiva pendente conditione**, el cual quedará invalidado por la realización de la condición en cuanto anule o impida el efecto de ella. La misma regla se aplicará a los actos de disposición realizados sobre una cosa sujeta a condición resolutoria (art. 161 C. alemán).
Otro caso es el contemplado en el art. 2231 del presente Código, según el cual "El subscriptor (de un documento al portador) no está obligado a efectuar la prestación (pago) sino contra la entrega del título, salvo que éste haya sido anulado por sentencia de juez competente. Por la entrega del título, el subscriptor adquirirá la propiedad del documento **aun cuando el portador no hubiese tenido derecho a disponer de él**" (ver explicación al pie, en la nota respectiva). En este caso, si el portador, sin derecho a disponer del título, lo entrega al subscriptor y cobra su importe, realiza un acto de disposición que produce efectos respecto del verdadero propietario o titular del documento. Por aplicación de nuestro art. 2456, el portador sin derecho queda obligado a favor del verdadero titular a restituirle el importe de la letra.

Art. 2459. — El pago efectuado sin causa, o por una causa contraria a las leyes, o a las buenas costumbres, puede ser repetido, haya sido hecho por error o no.
Se considera sin causa el pago hecho en consideración a un hecho futuro que no se ha realizado, o al que se ha opuesto un obstáculo legal, y el pago efectuado en consideración de una causa que ha dejado de existir.

Ver: arts. 1371 del Anteproyecto de Bibiloni; 853 del Proyecto argentino de 1936; 794 y 795 C. argentino; 1131 y 1132 C. francés; Aubry y Rau, t. VI, parág. 442 **bis**, texto y nota 3, pág. 320, 5ª edición.
El presente artículo, por el que se consagra la **condictio sine causa**, como acción distinta del **condictio indebiti**, sólo admisible respecto del pago hecho por error, representa una fundamental reforma del art. 794 del Código argentino del que sólo se conserva su primer parágrafo y se substituye lo que sigue por lo preceptuado en el art. 793. La **condictio sine causa** es procedente aunque el **solvens** no haya padecido error, tal por ejemplo, si el pago se hiciese en consideración a la eventual realización de una causa futura, o de que la causa existente no desaparezca, de suerte que si la causa futura no se realiza, o la causa existente desaparece, sufra el **solvens** un empobrecimiento sin causa.
En el mismo orden de ideas procede la **condictio sine causa** en la hipótesis de haberse hecho el pago por una causa contraria a la ley, al orden público o a las buenas costumbres, porque a nadie le es dado legitimar por su voluntad un pago que la ley reprueba de una manera absoluta.
Así se expresan Aubry y Rau a propósito de las dos **condictios**. Por su parte, Bibiloni ha justificado en su nota al art. 1371 de su Anteproyecto la reforma que demandaban los arts. 794 y 795 del C. argentino (ver t. II, pág. 221).

Art. 2460 — El que recibió el pago de buena fe está obligado a restituir igual cantidad a la recibida, o la cosa que se le entregó con los frutos pendientes, pero no los consumidos, salvo lo dispuesto en el art. 685 respecto de los incapaces.

Debe restituir así mismo, lo recibido por virtud de un derecho adquirido, y lo que percibió como compensación por la destrucción, deterioro, o la substracción del objeto entregado.

Cuando por cualquier causa no pueda efectuar la restitución, debe entregar su valor.

La obligación de restituir, o entregar el valor, cesa en la medida en que no se haya enriquecido el que recibió.

La litis pendencia produce respecto del obligado sus efectos generales.

Sobre el parágrafo 1º ver: arts. 786 C. argentino; 3487 incisos 1º al 3º del **Esboço** de T. de Freitas; 1374 del Anteproyecto de Bibiloni; 860 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre el parág. 2º ver: el art. 818 del C. alemán; 181 y 182 parág. 1º C. Civil de la República de China; 124 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 1376 y 1380 C. francés; 2037 C. italiano; 67 parág. 1º y 71 del Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1284 C. peruano etc.

Art. 2461 — Si ha habido mala fe en el que recibió el pago, debe restituir la cantidad o la cosa, con los intereses o los frutos que hubiere producido o podido producir desde el día del pago. Debe ser considerado como el poseedor de mala fe. Si la cosa se ha deteriorado o destruído, aunque sea por caso fortuito, el que la recibió de mala fe en pago, debe reparar su deterioro o su valor, a no ser que el deterioro o la pérdida de ella hubiese también de haber sucedido, estando en poder del que la entregó.

Consiste la mala fe en el conocimiento que se tiene de la falta de causa, y desde el momento en que se lo tiene.

Ver: arts. 788 y 789 C. argentino; 1378 y 1379 C. francés; 2037 C. italiano; 1896 C. español; 1398 C. holandés; 2289 y 2290 C. de Luisiana; 1316 C. uruguayo; 1181 C. venezolano; 962 y 963 C. boliviano; 1283 C. peruano; 2259 C. guatemalteco; 804 C. costarricense; 1884 C. mexicano; 2073 C. nicaraguense; 2207 C. hondureño; 1378 C. de la República Dominicana; 5122 C. de Puerto Rico; 1375 del Anteproyecto de Bibiloni; 862 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2462 — Si los bienes han sido enajenados a título oneroso, la repetición no podrá demandarse, ni producirá efectos respecto a los adquirentes de buena fe. Si lo hubieran sido a título gratuito se aplicará lo dispuesto por el art. 2058. También podrán reclamarse de quien las hubiere obtenido del adquirente primitivo, por enriquecimiento indebido.

Ver: 822 C. alemán; 163 C. Civil de la República de China; 1376 del Anteproyecto de Bibiloni; 861 del Proyecto argentino de 1936.
Aun sin antecedentes la primera parte de este precepto, no admite discusión, pues, como bien dice Bibiloni: "Nada más incompatible con un sistema orgánico de transmisión de bienes, que la posibilidad de extender a terceros los resultados de los errores o causas de invalidación de los actos de las personas. La seguridad de las transacciones, es de orden público. Interesa a la sociedad la estabilidad de los derechos constituídos. A tan claras razones, se ha de agregar que la protección a la buena fe de los terceros, es también de orden público, siquiera el acto de transmisión no sea abstracto, como en el Derecho alemán, sino sólo porque la buena fe, la **bona fides** romana, sigue siendo hoy, como hacen dos mil años, de un contenido esencialmente moral, en cuanto traducida en la creencia sin duda alguna de la legitimidad de la relación jurídica constituída aun en la ignorancia de ella, basta para que el agente titular de esa relación goce del amparo inconmovible y definitivo del orden jurídico. La abrogación de tan fundamental principio equivaldría a barrer con la más elemental seguridad en las transacciones.
La segunda parte de nuestro artículo viene inspirada en lo dispuesto en el art. 822 del C. alemán, por el que, fundado en razones de equidad, y por excepción, se confiere la **condictio sine causa** al que hizo la prestación si el accipiens que se enriqueció con ella hubiese transmitido gratuitamente el bien a otro, siquiera éste lo aceptase de buena fe, en cuanto por consecuencia de la atribución patrimonial gratuita, esté excluída la obligación del primer enriquecido, quedando por consiguiente el donatario obligado a su restitución, como si hubiese obtenido la liberalidad sin causa jurídica directamente del acreedor.
El presente artículo tiene afinidad con lo estatuído en el art. 2460 del presente Código, en cuanto ambos, desentendiéndose, como enseña Enneccerus, del desplazamiento patrimonial inmediato, dan al que pierde una pretensión de enriquecimiento contra el tercero que adquiere de buena fe a título gratuito. Ambos preceptos sólo difieren en que, según el parágrafo 1º del art. 2460, el receptor de que atribución patrimonial gratuita hecha **por un sujeto sin derecho**, responde inmediatamente en concepto de deudor de la **condictio**, al paso que según el presente artículo, el receptor de la atribución patrimonial gratuita llevada a cabo por un **sujeto con derecho, obligado a restituir**, responde sólo subsidiariamente y en tanto que por consecuencia de la atribución patrimonial haya desaparecido la obligación del que hizo la atribución patrimonial. (ver autor y opus cits. vol. II, parág. 448, pág. 613).

Art. 2463. — El que ha obtenido sin causa la constitución o reconocimiento de una obligación, debe restituir el instrumento de la deuda, y otorgar al perjudicado constancia de su liberación, mediante otro instrumento de la misma naturaleza.

Ver: art. 1377 del Anteproyecto de Bibiloni; 862 del Proyecto argentino de 1936, por los que se modifica el art. 796 del Código argentino, inspirado en el art. 3482 del Esboço de T. de Freitas.
La verdad es que la hipótesis del presente artículo será raramente presentado, porque cuesta trabajo concebir que ambas partes de una relación de derecho incurran al mismo tiempo en error y crea el uno que es acreedor y el otro que es deudor.

Art. 2464. — El que obtuvo sin causa una liberación de su acreedor está obligado a reconocerle en su carácter de tal por la misma deuda, con las mismas garantías, y por instrumento de la misma naturaleza.
Se plican a la liberación las disposiciones precedentes.
Si la deuda originaria no estuviese vencida podrá reclamarse el cumplimiento de ese reconocimiento, y la sentencia que se dicte constituirá el nuevo título. Si la deuda estuviese vencida, podrá demandarse su pago.

Ver: arts. 1378 del Anteproyecto de Bibiloni; 862 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.
En los dos casos contemplados en el presente artículo no se supone que las partes obren por error.

Art. 2465. — El que sin causa jurídica haya contraído una obligación, podrá rehusar su cumplimiento aun cuando haya prescripto su pretensión de descargo de esa obligación.

Ver: art. 821 C. alemán; 1379 del Anteproyecto de Bibiloni; 863 del Proyecto argentino de 1936.
Ocioso es que quien, fundado en el enriquecimiento sin causa de la otra parte, puede liberarse de su obligación, dispondrá en consecuencia de una excepción para negarse a darle cumplimiento. La eficaz protección jurídica al empobrecido inspiró al legislador el presente artículo por el cual se le evita que el enriquecido le replique con el argumento de la prescripción de su **condictio**, pues, se juzga que el cumplimiento de la obligación contraída sin causa es un atentado a la equidad.

TITULO IV

DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LOS ACTOS ILICITOS

CAPITULO I

De los actos ilícitos

Art. 2466. — Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuese expresamente prohibido por las leyes, las ordenanzas municipales, edictos de policía u otros preceptos negativos dictados por autoridad competente, que cause daño a otro, siempre que a su autor le sea imputable culpa o dolo, aun cuando el hecho vedado sólo sea suceptible de ocasionar daño, o consista en una omisión perjudicial a tercero en infracción de una ley o reglamento expreso, que obligue a cumplir el hecho omitido.

Ver: arts. 1066 y 1067 C. argentino; 444, 445 y 822 del **Esboço** de T. de Freitas; 159 C. brasileño; 1382 y 1383 C. francés; 2043 C. italiano; 1902 C. español; 823 C. alemán; 41 C. Federal suizo de las Obligaciones; 134 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 184 C. Civil de la República de China; 2361 y 2362 C. portugués; 1295 C. austriaco; 2294 C. de Luisiana; 2314 C. chileno; 2341 C. colombiano· 2333 C. ecuatoriano; 2065 C. de la República del Salvador; 1136 C. peruanc; 956 C. boliviano; 1319 C. uruguayo; 1185 C. venezolano; 2276 y 2277 C. guatemalteco; 1910 C. mexicano; 1045 C. costarricense; 2509 C. nicaragüense; 2236 C. hondureño; 1382 C. de la República Dominicana; 5141 C. de Puerto Rico; 74 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1380 del Anteproyecto de Bibiloni; 864 del Proyecto argentino de 1936.

La ilicitud de los hechos o actos del hombre supone el concurso unitario de los tres elementos siguientes:

1º) **antijuridicidad**, si se nos permite el neologismo al que recurrimos para connotar la idea de la violación de una prohibición expresa de la ley, de las ordenanzas municipales, edictos de policía u otros preceptos negativos dictados por la autoridad competente para la protección de terceros;

2º) **voluntariedad**, o sea que el hecho o el acto dañoso sea cumplido con discernimiento (fundamento de la imputabilidad), intención y libertad.

3º) **daño**, requisito de la ilicitud civil, por oposición a la ilicitud penal, dado que el Código Penal castiga el homicidio frustrado y la tentativa de homicidio, en los que no se ofrece el daño patrimonial resarcible.

Si a los tres mencionados extremos se agrega el concurso de la **intención de dañar**, el hecho ilícito adquiere relieve de **delito civil**, según así se verá más adelante.

Véase lo que acerca de esta materia dejamos expuesto bajo los Nºs 1249 y ss., del t. II de nuestro Tratado de las Obligaciones, págs. 493 y ss.

Art. 2467. — No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño, valuable en dinero, causado con intención o por negligencia, o que lo pueda causar a otro, sea directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades, y su autor está obligado a repararlo.

Art. 1068 C. argentino; 828 del **Esboço** de T. de Freitas; 1384 del Anteproyecto de Bibiloni; 866 del Proyecto argentino de 1936; 823 parág. 1º C. alemán; 41 parág. 1º C. Federal suizo de las Obligaciones; 134 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 184 C. Civil de la República de China; etc. y lo que bajo el Nº 1281, pág. 516 del t. II de nuestro Tratado de las Obligaciones dejamos expuesto acerca de la patrimonialidad del daño.

Art. 2468. — La culpa extracontractual consiste en la opinión de los cuidados que en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho dañoso. No la habrá si el hecho perjudicial no era previsible, o si previsto no podía evitarse.

Habrá dolo delictivo si el acto ilícito fuere ejecutado por el agente a sabiendas y con intención exclusiva de dañar a la persona o el patrimonio de otro.

Ver: arts. 1383 del Anteproyecto de Bibiloni; 1072 C. Civil argentino; 865 segunda parte del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. VI, parág. 444, texto y nota 9, pág. 344, 5ª edición; Pothier, **Traité des Obligations, in Oeuvres**, t. II, Nº 116, pág. 57; Toullier, t. XI, Nº 113, pág. 136, 4ª edición; Duranton, t. XIII, Nº 699, pág. 688, 4ª edición; Larombiere, t. V, sobre los arts. 1382—1383, Nº 3, pág. 686; Colmet de Santerre, t. V, Nº 364 **bis**, IV, pág. 658, 2ª edición; Planiol, t. II, Nº 815, pág.

265, 9ª edición; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nos 509 y 510, pág. 704 y ss.; Demolombe, t. XXXI, Nº 432, pág. 390; Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. IV, Nº 2850, pág. 534; Henri y Leon Mazeaud, **Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile—Delictuelle et Contractuelle**, t. I, Nº 407, pág. 465; Josserand, **Cours de Droit Civil Positif Français**, t. II, Nº 408, pág. 194 y ss.; Domogue, **Des Obligations en General—Les Sources**, t. III, Nº 221, pág. 359; Beudant, **Contrat et Obligations**, Nº 1169 al fin, pág. 747 y ss.; Savatier, **Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français**, t. I, Nº 4, pág. 5; Sourdat, **Traité General de la Responsabilité**, t. 642, pág. 599 y Nº 6, pág. 2, 2ª edición; Von Ihering, **De la Faute en Droit Privé**, pán. 28 y ss., traducción Meulenaere; Enneccerus, opus cit. vol. II, parág. 449, pág. 615 y ss.; Messineo, opus cit. t. VI, parág. 169, II, pág. 482; Barassi, **La Teoria Generale delle Obbligazioni**, t. II, pág. 434 y ss.; Giorgi, Teoría de las Obligaciones en Derecho Moderno, t. V, Nº 137 y ss., pág. 204 y ss.; Rossi Masella, La Lex Aquilia, Nº 44, pág. 131 y ss.; y Nº 157, pág. 419; Feirano Facio, Responasibilidad Extracontractual, Nº 75, pág. 132; Leonardo A. Colombo, Culpa Aquiliana (Cuasidelitos), Nº 23, pág. 75 y ss.; etc.

La idea de culpa es el principio moral que dominó el derecho civil romano y sigue predominando en el de nuestros días. (ver: Ihering, opus cit. pág. 23). Dar de ella una definición satisfactoria en una apostilla como la presente, es punto menos que imposible, asunto, como ·es, tan vasto y tan profundo, al que más de un autor ha consagrado volúmenes enteros.

Admitiendo que la culpa consista en un error de conducta, como la conciben los hermanos León y Henri Mazeaud y Geny, en cuanto el agente que en ella incurre ha causado daño injusto en violación de una obligación o de una prohibición legal por no haber medido con certeza y seguridad las consecuencias probables de sus actos, queda por saber si su apreciación debe hacerse in concreto, como lo preceptúa nuestro art. 843 segunda parte, traslego del art. 512 del C. argentino, relativo a la culpa contractual, de suerte que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de la convención dependen de la apreciación que al juez inspiren la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, consideraciones por donde podría llegar al extremo de eximir al deudor de toda responsabilidad, o si por el contrario debe la culpa apreciarse in abstracto por comparación a la conducta del homo diligens, cuidadoso, exacto, y preguntarse cómo éste se habría conducido en análogas circunstancias.

Vélez Sarsfield que, al disciplinar la culpa contractual, desechó la clasificación de los tres clásicos grados de la culpa in abstracto del Derecho francés, y optó por la idea unitaria de ella, tal como lo dispone el art. 512 de su Código, análogo al art. 1104 del Código español, omitió referirse a la culpa extracontractual o aquiliana, al tratar de los actos ilícitos, como si a su juicio debiera aplicarse la noción de la culpa in concreto a toda clase de relaciones jurídicas.

Mas viniendo Bibiloni a pulir esta parte del Código argentino, juzgó conveniente definir la culpa aquiliana en los términos del art. 1383 de su Anteproyecto, con que, al concebirla como la "**omisión de los cuidados que, en presencia de las circunstancias hubiera empleado una persona prudente y razonable, y con los cuales se habría evitado el hecho**", consagró la regla de la estimación in abstracto de la culpa extracontractual, por referencia al homo "prudente y razonable", que la Comisión argentina de reformas del Código habría de desechar, al estatuir por el parágrafo 1º del art. 865 del Proyecto de 1936 que "**Habrá culpa en los casos previstos por el art. 569 de este Código**" o, sea, según la definición del art. 512 del Código de Vélez Sarsfield.

La reforma esbozada por Bibiloni le valió censura de parte de Colombo por incurrir en una contradicción doctrinal (ver autor y opus cits. Nº 23, pág. 75), crítica que no podemos compartir, porque, aun cuando la culpa contractual y la extracontractual conduzcan a la reparación del perjuicio causado en violación de una obligación o de una prohibición legal, dado que ambas constituyen actos ilícitos, y la indemnización debida en ambos casos es por su naturaleza pecuniaria, tanto que para Planiol y Saleilles la distinción entre ambas culpas es una mera "**ilusión**", la verdad es que en el orden procesal el acreedor de una obligación contractual no tiene necesidad de producir la prueba de la culpa de su deudor, sino justificar su contrato y acusar de incumplido a éste, para obtener su condenación al pago de los daños y perjuicios; al paso que la víctima de un daño delictivo o cuasi delictivo debe probar la culpa o el dolo del agente del hecho, porque, en este orden de ideas, ni el dolo ni la culpa se presumen. Como lo hemos destacado bajo el Nº 1266 del t. II de nuestro Tratado de las Obligaciones, Bartin, discrepante de Planiol sostiene que no hay manera de borrar la diferencia entre ambas culpas, porque si la culpa contractual es regida por los arts. 1150 y 1151 del C. francés, en cuanto el deudor incumplido no responde sino de ilos daños e intereses previstos o que han podido preverse, sin poder exceder de lo que sea consecuencia inmediata y directa de la falta d cumplimiento del contrato, la reparación debida por el agente del hecho ilícito, delito o cuasidelito es integral del perjuicio.

Por corrección del Código argentino optamos por reunir bajo un solo título las dos clásicas categorías de hechos ilícitos: delitos y cuasidelitos.

La definición de la culpa extracontractual que trasegamos del art. 1383 del Anteproyecto de Bibiloni, traída a su vez por él de su formulación en el Derecho Inglés, según así lo declara en su apostilla a dicho precepto (ver t. II, pág. 228, edición Kraft), trasunta la concepción justiniana de la culpa confundida con la idea de iniuria, connotiva de la actividad negligente, desatenta, distraída e imprudente, al favor de la cual el agente que no previó lo previsible, comete damnum con iniuria, es decir el daño vinculado por un nexo de causalidad con su culpa. (ver: Rossi Masella, opus cit. Nº 44, pág. 131). La noción del culpa, enseña Ihering, es la medida general de la responsabilidad en el derecho romano privado llegado a su desarrollo. Su aplicación a las distintas relaciones difiere sensiblemente. En los delitos, el acto ilícito constituye el fundamento originario y único de la reclamación. En todas las otras relaciones, de la propiedad, el contrato etc., la reclamación se funda en un hecho independiente de toda culpabilidad (ver autor cit. **De la fraude en Droit Privé**, pág. 24, traducción Meulenaere).

Si, como en discrepancia con Bibiloni, esbozó la Comisión argentina de reformas del Código, en su Proyecto de 1936, que la culpa delictiva sea estimada in concreto y con el mismo cartabón con que se estima la culpa apreciada in abstracto es la que debe regir los actos mixtos de contratos y hechos ilícitos cumplidos al mismo tiempo, como ocurriría si el gerente de una sociedad por acciones u otra entidad semejante, en el vehemente deseo de obtener una ganancia excesiva de un contrato incurriese en el delito de falsedad en instrumento privado, de falsedad de marcas de fábrica, abusase de una firma dada en blanco, o estafase a la otra parte; etc.

Ocioso es que en tales supuestos no le bastaría al contratante perjudicado la prueba de la celebración del contrato para obtener la reparación del daño derivado del delito. La prueba del contrato puede inducir su incumplimiento por el deudor, si éste fuese demandado por esta causa. Mas, si siendo éste además víctima de un delito pretendiese su reparación, tendría por fuerza que probar la culpa o el dolo de la parte, pero no con arreglo a las normas del contrato, sino con las que disciplinan los actos ilícitos en general. Casos de esta naturaleza han dado lugar a la llamada **teoría de la concurrencia de leyes**. En sentencia del 16 de octubre de 1916 sentó el Tribunal del Reich la doctrina según la cual se debe aplicar en dichas hipótesis las normas conjuntas de los contratos y de los hechos ilícitos (ver Enneccerus, opus cit. vol. II, parág. 449, pág. 618).

Esta concurrencia de leyes que dice Enneccerus no es novedad alguna. Numerosos textos del Digesto aluden al concurso de la acción aquiliana con la acción del contrato, en razón de un mismo hecho perjudicial, tal, por ejemplo, cuando la cosa dada en prenda, en préstamo o en depósito es deteriorada por el que la ha recibido. Ulpiano, conforme con opiniones más antiguas, decidió que si un socio daña la cosa común, es pasible de la aplicación de la **lex Aquilia**, y Paulo agrega que la acción **pro socio** puede igualmente ser intentada contra él. El médico que incurría en culpa al cuidar a un esclavo era pasible de la acción ex locato y de la acción aquiliana. El depositario de un título destinado a producir la prueba

de un derecho cualquiera que fuese culpable de hacerlo ilegible, era pasible de la actio depositi y de la actio legis Aquiliae. Mediante este concurso de acciones podía el perjudicado obtener una indemnización más importante que la que podía obtener por solo la acción del contrato (ver J. Van Ryn, Responsabilité Aquilienne et Contrats en Droit Positif, Nº 78 y 79, pág. 100; Bartin, in Aubry y Rau, t. VI, parág. 446, nota 7, pág. 371 enseña que esta dualidad de acciones se da en el Derecho francés por aplicación del art. 1149 para la obtención de las indemnizaciones e intereses a que el acreedor tiene derecho por incumplimiento del contrato, reducidos a cantidades análogas a las pérdidas que haya sufrido y a las ganancias de que se hubiere visto privado, y del art. 1382 para la obtención, en caso de cuasidelito civil y en ausencia de dolo del deudor, la reparación del perjuicio indirecto. La primera, que no comporta solidaridad entre los codeudores conjuntos y, la segunda, que por el contrario, obliga solidariamente al deudor y a los terceros que han intervenido en la preparación del hecho culposo. (En contra: H. y L. Mazeaud, t. I, Nº 178, pág. 225; Esmein, in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 492, pág. 681). Mas Savatier ha refutado a Esmein (ver opus cit. t. I, Nº 155, pág. 202).

El dolo delictivo que dice el parágrafo 2º de nuestro artículo, tiene lugar cuando el agente culpable del hecho ilícito obra con la intención maligna de causar un daño a otro. El dolo supone así en el autor del daño: perversidad, perfidia, protervia, maldad, odio u otro sentimiento de la misma índole, que produ-cido en el fuero interior del agente se traduzca en un hecho exterior que es el daño intencional. Viene de ahí que diera la amoralidad de tales sentimientos, la ley reviste el daño ocasionado a sus impulsos con los caracteres del delito civil, cuya sanción obliga al juez a un examen subjetivo, a sondar una conciencia y descubrir la intenciódn del culpable (ver H. y L. Mazeaud, t. I, Nº 409, pág. 465; Savatier, t. I, Nº Nº 177, pág. 371.

Así como la culpa aquilina o cuasidelictual es distinta de la culpa contractual el dolo delictivo es distinto del dolo contractual, consistente en la disimulación artificiosa (calliditas); en el lenguaje embustero (fallatio); la intriga urdida al tiempo de la celebración del contrato para la obtención de un objeto (machinatio) Estas maniobras de que el agente doloso se sirve para inducir a otro a consentir, son contemporáneas del consentimiento, al paso que el dolo delictual, se produce independientemente del contrato, o si vinculándose a las obligaciones emanadas de un contrato, después de su celebración.

El Código francés, por oposición al Código argentino, al C. alemán (arts. 823 a 853), al Federal suizo de las Obligaciones (arts. 50 a 69), al Código japonés (arts. 709 a 724), al Código de las Obligaciones de la República de Polonia (arts. 134 a 167), al Código de la República de China (arts. 184 a 198), etc., incluye la idea de culpa delictiva en la de culpa (faute), salvo en sus arts. 1310 y 1370, de suerte que siendo así la distinción entre delito civil y cuasidelito sólo tiene lugar en la práctica forense. Y siquiera la culpa cuasidelictual es, por su naturaleza, de más graves proyecciones que la culpa contractual, tanto que se la asimila a la culpa grave, en la práctica no se requiere que el pasible de responsebilidad por un cuasidelito haya incurrido en culpa grave, bastando a los jueces que su culpa sea leve. La Corte francesa de Casación ha proclamado que "cualquiera culpa" confiere a la víctima el derecho a una reparación, y que "toda persona", cualquiera sea su situación o profesión está sometida a la regla del art. 1383 del C. Civil, según el cual la simple imprudencia o negligencia, da lugar a la reparación. (ver: Fuzier-Hermann, Code civil anoté, t. II, art. 1142, Nº 1).

Dejamos a la cátedra la tarea de explicar el sistema del Código Civil alemán relativo a la reparación del daño causado por los actos ilícitos, distinto, sin duda del de los códigos civiles de las naciones latinas del occidente de Europa y especialmente de los estructurados sobre los moldes del Código francés.

En la torminología del Código alemán no se emplea la expresión "cuasidelito" porque consagrándose por sus preceptos la obligación de reparar todo daño, la indemnización es debida con exclusión de toda idea de culpa (arts. 247 y 253, Hans Fischer, Los Daños Civiles y su reparación, versión castellana de Roces, pág. 253).

Dado lo dispuesto por el art. 823 de dicho Código no puede decirse que su concepción del hecho ilícito responda a una teoría objetiva, prescindente de la voluntad del agente (ver: Bufnoir, Cazelles y demás traductores y anotadores del Código alemán, t. II, pág. 387; y Enneccerus, opus cit. vol. II, parág. 449, pág. 65

Art. 2469. — El obligado a indemnizar el daño que le sea imputable resarcirá todas sus consecuencias inmediatas y, las mediatas previsibles, esto es, normales según el curso natural y ordinario de las cosas, pero no las casuales, salvo que éstas deriven de delito y debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho.

Ver: arts. 506 a 510 del presente Código; 906 y 1069 C. argentino; 829 y 830 del Esboço de T. de Freitas; 1385 del Anteproyecto de Bibiloni; Alfredo Orgaz, El Daño Resarcible, (Actos Ilícitos), Nº 21, pág. 81 y ss., y Nº 40, pág. 157 y ss.; 249, 823, 824 y 826 C. alemán; 41 C. Federal suizo de las Obligaciones; 137 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 184 del C. Civil de la República de China; 1382 y 1383 C. francés; 2043 C. italiano; 1401 C. holandés; 1295 C. austriaco; 2294 y 2295 C. de Luisiana; 1518 C. brasileño; 2361 C. portugués; 1902 C. español; 2314 C. chileno ;2341 C. colombiano; 2333 C. ecuatoriano; 2065 C. de la República del Salvador; 1319 C. uruguayo; 966 C. boliviano; 1185 C. venezolano; 2277 C. guatemalteco; 1136 C. peruano; 1910 C. mexicano; 1045 C. costarricense; 2509 C. nicaragüense; 2236 C. hondureño; 1382 C. Civil de la República Dominicana; 5141 C. de Puerto Rico; 74 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; etc.

Mira el presente artículo a establecer la medida de la responsabilidad en los actos ilícitos por el daño causado injustamente a otro, materia que al decir de Bibiloni es "una de las más oscuras del Derecho privado y de las más difíciles del Derecho moderno". Grande es la anarquía de opiniones acerca de esta delicada cuestión. (autor y opus cits. t. III, pág. 229, edición Kraft).

La doctrina civil francesa, inspirada en los arts. 1382 y 1383 del Código de Napoleon, y acorde con la jurisprudencia de sus tribunales, consagra el principio de la reparación integral del daño, sin admitir, respecto de los actos ilícitos, la distinción del art. 1150 del mismo Código, relativa a las consecuencias del incumplimiento de los contratos, entre daños y perjuicios previstos o previsibles, cuando sólo se trata de culpa no intencional, y los daños y perjuicios debidos por el daño intencional, caso en el cual el agente responde de los daños casuales o imprevisibles. Explicando esta regla exclusiva de los contratos enseñan H. y León Mazeaud que obligándose voluntariamente los contratantes han podido prever en ese momento la extensión de sus obligaciones en caso de que ellos no las cumplan, de donde viene que sea justo que no respondan de la culpa no intencional.

Otra es, empero, la cuestión en materia delictiva, en la que no es posible invocar la voluntad del delincuente de limitar las consecuencias de su culpa o sea del hecho ilícito. Si el delincuente ha podido prever las consecuencias de su dolo o mala fe y limitar así su responsabilidad, en los términos de esta previsión, la víctima no ha podido aceptar esta acotación de ella. No es admisible que el delincuente pretenda eximirse de responsabilidad so color de no haber tenido la intención de ocasionar el daño. Si, pues, ha previsto el daño, su culpa es más grave, su responsabilidad más cierta, sin que el monto de la reparación sea modificada. Por consiguiente, agregan nuestros autores, el autor de una culpa delictiva debe

reparar todas las consecuencias de sus actos, incluso las imprevisibles. (ver autores y opus cits. t. III, Nº 2370, pág. 521).
Tal es, igualmente, la doctrina enseñada por Aubry y Rau (t. VI, parág. 445, texto y nota 9 **undecies**, pág. 352, 5ª edición; Beudant, t. IV, Nº 1236, pág. 816 y pág. 264, nota 1; Rouast, in Planiol y Ripert, t. II, Nº 86, pág. 72; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 379, pág. 523; Nº 392, pág. 547; Nº 396, pág. 553; Nº 489, pág. 674; Demogue, t. IV, Nº 460, pág. 121; Josserand, **Cours de Droit Civil Positif**, t. II, Nºs 412 a 418, pág. 197 y ss.; Giorgi, t. V, Nº 159, pág. 245; Laromblere, t. V, sobre los arts. 1382 y 1383, Nº 26, pág. 704; Sourdat, t. I, Nº 691, pág. 659, 2ª edición; Demolombe, t. XXXI, Nº 685 y ss., pág. 590 y ss.; Pacifici-Mazzoni, **Instituzioni**, t. IV, Nº 102, texto y nota 1, pág. 188; J. van Ryn, **Responsabilité Aquilienne et Contrat**, Nº 42, pág. 55; Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. IV, Nº 2879, pág. 581, etc.).
Así es la doctrina de la dualidad de la culpa del Derecho francés, según la cual la indemnización debida por el autor del hecho ilícito, distinta, como es de la reparación de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, no se mide en función del grado de culpa del agente del hecho, sino en función del daño que debe ser reparado, siquiera la **Chambre des Requetes** haya decidido por sentencia de 22 de mayo de 1928 que corresponde al juez moderar la indemnización en consideración a la buena fe del autor de una culpa contractual, o sea la proporcionalidad de la indemnización al grado de la culpa. Este fallo mereció la misma crítica de las decisiones que en materia delictual adoptaron el mismo criterio (ver: H. y León Mazeaud, t. III, Nº 2373, pág. 525 y Nºs 2367 y 2368, pág. 520).
Esta distinción entre la culpa constitutiva de un delito o de un cuasidelito civil y la culpa relativa a la inejecución de una obligación contractual, fue vivamente criticada por Planiol (t. II, Nº 873, pág. 292 y ss., y Saleilles, **Theorie Generale de l'obligation d'aprés le premier projet de Code Civil pour l'Empire Allemand**, Nº 331, pág. 430), fundado en que toda culpa, sea delictiva o contractual, es la violación de una obligación, legal en el primer caso, convencional en el segundo, y en todo caso, de una obligación preexistente a la culpa, razón por la cual es arbitraria, en cuanto termina por tratar de distintos modos hechos que presentan un carácter fundamentalmente común.
Funda Planiol su crítica a dicha distinción en que la diferencia práctica que separa las dos culpas, no resiste el análisis. Sin duda, agrega, el acreedor de la obligación contractual incumplida no tiene por qué probar la culpa de su deudor, al paso que el acreedor de la reparación del perjuicio causado por un delito o un cuasidelito civil debe evidenciar la culpa del deudor, lo que a su juicio se explica porque el acreedor de la obligación contractual es casi siempre acreedor de una obligación al paso que el acreedor de la reparación de un perjuicio causado por un delito o cuasidelito civil no era anteriormente sino acreedor de una obligación legal de no hacer. Ahora bien, el acreedor de una obligación de dar o de hacer le bastará probar la existencia de su crédito, de suerte que a su deudor sólo le corresponderá evidenciar o que está liberado, y si es incumplido, que esta inejecución proviene de caso fortuito, excluyente de toda culpa de su parte. Según esto, la diferencia de las pruebas en ambas situaciones sólo resulta de la diferencia del objeto de la obligación, que es de dar o de hacer en el primer caso, o de no hacer en el segundo, y no de una diferencia de la fuente de la obligación, contractual en el primer supuesto y delictiva en el segundo. Tan cierto es ésto, agrega Planiol, que si la obligación contratada fuese de no hacer, el acreedor contractual tendría también que probar, en caso de inejecución o de incumplimiento, la culpa de su deudor.
Mas Bartin, aun reconociendo que este razonamiento de Planiol es irreprochable, observa que existe otra diferencia entre ambas culpas, cual es la extensión de la reparación debida en las dos hipótesis. La culpa delictiva obliga al deudor a la reparación integral del perjuicio, aun del imprevisto y del indirecto. La culpa contractual, por el contrario, es regida por disposiciones muy distintas, como son los arts. 1150 y 1151 del C. francés, inaplicables a los daños y perjuicios reclamados en razón de un delito. Planiol, agrega Bartin, ensaya vanamente de borrar estas diferencias so pretexto de que ellas desaparecen en la práctica, dada la facultad conferida al juez de la causa de justipreciar el monto del perjuicio. La observación es justa, dice Bartin, pero no es menos cierto que la sentencia de un tribunal de apelación que imponga la reparación del perjuicio imprevisto o indirecto, en materia de obligaciones contractuales, es suceptible del recurso de casación. No dándose así por vencido nuestro autor, cree de su deber mantener la distinción clásica de las dos culpas, por muy débil en la práctica y arbitraria que parezca, porque desde el punto de vista de los principios más generales y más elevados de los que se sirve la opinión contraria, la culpa delictiva y la culpa contractual responden bien a dos tipos distintos de inejecución de las obligaciones, cualquiera que sea su objeto. (ver autor cit. in Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto y nota **undecies**, pág. 352, 5ª edición; Savatier, opus cit. t. I, Nº 109, pág. 140; Nº 177, pág. 221).
La reparación integral del daño causado por los hechos ilícitos consagrada por la jurisprudencia francesa, y consistente en la obligación de indemnizar en igual medida las consecuencias inmediatas, mediatas y las casuales o imprevisibles, incluídas en la cadena de causalidad, ya se trate de delitos civiles o cuasidelitos ofrece analogías con la reparación impuesta por el Landrech prusiano en idénticos casos (ver E. Lehr, **Traité Elémentaire de Droit Civil Germanique**, t. II, Nº 1067, pág. 218).
Traslego de los arts. 11 y 12 del Código Prusiano, el art. 905 del Código argentino según el cual: "**Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho**", ha hecho decir a Bibiloni que, por no haber Vélez Sarsfield reproducido el art. 15, tít. 6, parte 1ª del Landrech, el sistema de nuestro Código es más duro y persecutorio que el prusiano. Haya designio o haya culpa, se responde por todo daño, previsto o imprevisto, y sin límite. Hasta el fin de la cadena. Hasta que el juez se canse de buscar anillos para forjarla. Mas adelante agrega que "la justicia que hace responsable no del propio hecho, sino de todos los hechos no ejecutados por el autor, por los que se le han ligado y no existían sin él o existieron por acción de otro, con ocasión de él, no es justicia de un ojo, como la llamaba Dernburg, sólo atenta a contemplar el interés del acreedor. Es una justicia que no quiere ver. Es una persecución y una venganza (ver autor y opus cits. t. II, pág. 233, edición Kraft).
Mas viniendo Alfredo Orgaz a tratar de este asunto nos dice que "Bibiloni, en la extensa nota al art. 1385 de su Anteproyecto, confunde notablemente la materia. Junto a una crítica fundada contra los autores que en materia de causalidad siguen la teoría de la equivalencia de condiciones, pretende que por nuestro Código el autor de un acto ilícito responde también, en principio, de las consecuencias puramente casuales, lo que le lleva a afirmar que "El sistema de nuestro Código es, pues, aun más duro y persecutorio que el prusiano", o sea, del Código de Prusia. Ya hemos señalado —agrega— que esta afirmación, así como la anterior, que la sustenta, son claramente erróneas. Además, en el texto del artículo que proyecta, establece "En los delitos sólo se tomarán en consideración las consecuencias mediatas cuando debieron resultar según las miras que el autor tuvo al ejecutar el hecho".
Esta norma, que el Código establece para las consecuencias casuales, esto es, imprevisibles o fortuitas (art. 905), la reproduce el **Anteproyecto** para en relación a las mediatas, sin distinguir si éstas son normales o anormales, previsibles o imprevisibles. Esto, por cierto, es inadmisible. (ver autor cit. El Daño Resarcible, Nº 40, texto y nota 34, pág. 157).
Compartiendo en un todo estas observaciones de Orgaz, hemos reproducido el art. 905 del C. argentino en nuestro art. 506 porque aun cuando entre las consecuencias casuales o imprevisibles, y el acto de que se trata, no haya relación causal, juzgamos posible aplicar dicho precepto como pena o sanción al autor de un delito, en la medida de las miras que tuvo al ejecutarlo.
Con este propósito y el de fijar en la propia ley los límites de la reparación del daño causado por los hechos y actos ilícitos, esbozamos el presente artículo en forma tal que se distinga la obligación de indemnizar el daño causado por simple culpa, negligencia o imprudencia imputable al agente, y el daño proveniente de delito o sea del daño intencional. En el primer supuesto, reducida la indemnización, según

la teoría de la causalidad adecuada, a las consecuencias inmediatas, extendida a las mediatas que sean previsibles, esto es normales según el curso natural y ordinario de las cosas; y en el segundo, o sea en la hipótesis del daño derivado de la comisión de un delito, la indemnización de las consecuencias casuales o imprevisibles, pero como pena, y a condición de que debieran resultar según las miras que el agente tuvo al ejecutar el hecho.

Acaso no falte quien observe que nuestro art. 2469 gradúa la extensión de la responsabilidad por los actos ilícitos en consideración a las dos categorías de los hechos ilícitos: los meramente culposos y los delictivos, lo que aun siendo verdad no se ofrece a reparo, desde que en ambos casos el juez se verá abocado a juzgar, no en atención al grado de la culpa en concreto del agente, como cuadra tratándose de la responsabilidad contractual, sino en atención a lo que era conocible por el agente, como ejemplar del hombre medio, del hombre diligente, considerado en abstracto. Las consecuencias casuales serán imputables sólo al agente de un delito, pero no siempre, sino cuando realmente las previó o las tuvo en mira, hechos que deben ser probados. Si las previó, habría agravado su responsabilidad.

Siendo así, el sistema del presente Código, no podrá ser motejado de ser más duro y persecutorio que el del Código de Prusia.

Art. 2470. — Cuando por la naturaleza del daño sea posible su reparación directa, la indemnización debida por aquel a quien su comisión fuere imputable, será cumplida con el restablecimiento a sus expensas del estado de cosas que habría existido de no haber ocurrido la circunstancia que le obligue a indemnizar.

Si la reparación directa fuese imposible, el deudor de ella indemnizará el daño mediante una prestación en dinero que permita al acreedor procurársela.

El juez podrá moderar la indemnización y hasta dispensar de ella, si hubiese evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención, o por culpa, y el daño efectivamente sufrido.

Sobre los dos primeros parágrafos del presente artículo, ver los arts. 249 y 251 del C. alemán; 159 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia y sobre el último, ver el in fine del art. 1385 del Anteproyecto de Bibiloni.

Los arts. 249 y 251 del C. alemán y 1534 del C. brasileño consagran una regla general aplicable a todos los casos en que exista una obligación de indemnizar, sea que ésta provenga de un hecho ilícito, delito o cuasidelito, o de un contrato. El principio establecido es el de la reparación en especie, siempre que ella sea posible. Las cosas deben ser establecidas en el estado en que se habrían hallado de no haber ocurrido el hecho perjudicial. La indemnización comprenderá el daño emergente y la ganancia de que la víctima (acreedor) ha sido privada, en la medida prescripta en nuestro art. 2469.

La reducción de la indemnización a una suma de dinero sólo procederá cuando la reparación en especie sea, por la naturaleza del daño, imposible.

Facultad conferida al juez de moderar la indemnización esbozada por Bibiloni en el in fine de los arts. 1385 y 1392 de su Anteproyecto, es harto explicable, porque siendo de su deber examinar la ilicitud de los hechos invocados en fundamento de la acción de indemnización y verificar las pruebas rendidas en autos, lógico es que él pueda moderar el monto de la demanda si hubiera evidente desproporción entre la acción ejecutada con intención o por simple culpa, y el daño efectivamente sufrido, aun cuando al hacerlo tuviese que apartarse de la conclusión de los peritos, como desde luego lo autoriza el art. 179 parág. 2º del C. de Procedimientos Civiles.

Art. 2471. — El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no engendra responsabilidad alguna.

Si la producción del daño hubieren concurrido su autor y el perjudicado, la obligación y el monto de la indemnización dependerán de las circunstancias, en particular de que el perjuicio haya sido principalmente causado por una de las partes.

Sobre el parágrafo 1º ver: arts. 1111 del C. argentino; 832 inc. 3º del **Esboço** de T. de Freitas; 254 y 846 C. alemán; 43 y 44 C. Federal suizo de las Obligaciones; 78 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; y 158 parág 2º C. de las Obligaciones de la República de Polonia; Aubry y Rau, t. V, parág. 446, texto y nota 4, pág. 368, 5ª edición; **Demolombe**, t. XXXI, Nºs 502 a 514, pág. 434 a 446; Demogue, t. IV, Nºs 795 y ss., pág 508 y ss.; H. y León Mazeaud, t. II, Nºs 1447 y ss., pág. 404 y ss.; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 570, pág. 778; Jenks, **Digeste de Droit Civil Anglais**, t. I, art. 732 (**contributory negligence**), pág. 228; **Laurent**, t. XX, Nº 495 y ss., pág. 515 y ss.; Baudry Lacantinerie y Barde, **Des Obligations**, t. IV, Nº 2681 y ss., pág. 562 y ss.; Sourdat, t. I, Nº 103 y 660, págs. 98 y 614; Larombiere, t. V, sobre los arts. 1382—1383, Nº 28, pág. 706; Planiol, t. II, Nº 899 pág. 303, 9ª edición; Huc, t. VIII, Nº 434, pág. 574; Josserand, **Cours de Droit Civil Positif Français**, t. II, Nº 636, pág. 309; Colombo, Culpa Aquiliana, Nºs 52, pág. 131; Nº 72, pág. 173; y Nº 86, pág. 219; Peirano Facio, Responsabilidad Extracontractual, Nº 244, pág. 429; Orgaz, El Daño Resarcible, nota 18, pág. 71, etc.

El parágrafo 1º de nuestro artículo consagra la regla romana enunciada por Pomponio: "**Quod si quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire**", según la cual la víctima que por su propia culpa sufre el daño, nada puede reclamar.

Esta regla es observada por el derecho consuetudinario inglés y por el anglo-americano en el caso de la **contributory negligence** contemplada en el art. 732 del Digesto del Derecho civil inglés citado más arriba.

Mas como quiera que en la mayor parte de los accidentes constitutivos de cuasidelitos, raro es el caso en que la culpa sea exclusiva del demandado y es lo más frecuente que, ya se trate de una acción o de una omisión, concurra al lado de la culpa del demandado la del demandante, por lo que los compiladores del Código alemán fueron determinados a conferir mayor plasticidad a la dura regla de Pomponio, al estatuir por su art. 254 que: "**Si al realizarse el daño mediara de parte del lesionado culpa que cooperara al perjuicio, la existencia de la obligación de reparar, como la cuantía de la reparación dependerán de las circunstancias, especialmente de la de saber si el perjuicio ha sido causado principalmente por una u otra parte**". Omitimos la reproducción de la segunda parte de este precepto, porque basta con la primera,

que establece una regla general, tal como lo auspicia Bibiloni en el art. 1386 de su Anteproyecto, y lo reproduce la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 869 del Proyecto de 1936, lo mismo que el Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos en su art. 78; el Código de las Obligaciones de la República de Polonia en su art. 158 parág. 2º; el C. Federal suizo de las Obligaciones en su art. 44 parág. 1º; el C. Civil del Perú en su art. 1141; el C. Civil portugués en su art. 2398 inc. 2º; el C. austriaco en su art. 1304 etc.

Art. 2472. — No incurren en responsabilidad por actos ilícitos:

1º Los pacientes de trastornos general y persistente de sus facultades intelectuales, o de otra enfermedad mental o de cualquier otra turbación de la actividad psíquica que les prive de discernimiento.

Si la turbación de las facultades intelectuales del autor del perjuicio fuere debida al uso de bebidas alcohólicas o de otras drogas similares, quedará obligado a indemnizarlo, a menos que pruebe haber sido puesto involuntariamente en ese estado.

2º Los menores de diez años y toda persona privada de discernimiento.

Sobre el parágrafo 1º ver: arts. 138 Código de las Obligaciones de Polonia; 827 C. alemán; 54 parág. 2º C. Federal suizo de las Obligaciones; 1139 y 1140 C. peruano; 1310 C. francés; 75 y 76 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones; 187 parág. 2º C. Civil de la República de China; 1387 inc. 1º del Anteproyecto de Bibiloni; 1070 C. argentino; 868 del Proyecto argentino de 1936; 834 del Esboço de T. del Freitas.

Art. 2473. — El que obrando en estado de legítima defensa, rechaza un ataque directo e ilícito dirigido contra cualquiera de sus bienes o de los bienes de otro, no es responsable del perjuicio que en tales circunstancias cause al agresor.

Ver: art. 227 C. alemán; 2344 C. italiano; 139 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 52 C. Federal suizo de las Obligaciones; 77 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1071 y 2470 C. argentino; 22 del C. Penal paraguayo. Este precepto exime de responsabilidad penal al que, con el objeto de desviar de sí mismo o de los demás, las violencias ilícitas o ataques criminales contra la vida, la libertad personal o el pudor, y cuando contra tales actos no sea posible solicitar u obtener el auxilio oportuno de la autoridad, ejerza violencia contra el agresor, le cause daño y hasta lo mate, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1º agresión ilegítima; 2º peligro inminente; y 3º necesidad racional del medio empleado para la defensa.

Mas no incluyéndose en el art. 22 del C. Penal la legítima defensa de los bienes propios o de otros, lógico era que la ley civil contemple, como está preceptuado por los arts. 227 del C. alemán; 139 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 52 del C. Federal suizo de las Obligaciones etc.

Aun cuando nuestro artículo no establece expresamente los caracteres de la legítima defensa civil, ocioso es que el que la asuma ante un ataque injusto a sus bienes o a los bienes de otro, sólo será eximido de la obligación de indemnizar el daño que causare en ejercicio de su derecho, si su defensa es contemporánea al ataque del agresor; si este ataque es injusto y si la defensa empleada por él no excede la medida del ataque. Así, incurriría en manifiesto abuso de su derecho y en la responsabilidad consiguiente el que matase al que viniese a robarle pollos de su gallinero.

Art. 2474. — El que deteriore o destruya la cosa de otro o hiera o mate al animal de otro para evitar un peligro inminente, propio o ajeno, y resultante de esta cosa o de este animal, no obrará ilegalmente si el deterioro o la destrucción fueren necesarios para evitar el peligro, si el daño no es desproporcionado con éste y si la intervención de la autoridad no puede obtenerse en tiempo útil. Si el autor del daño ha causado el peligro, estará obligado a indemnizar daños y perjuicios.

Ver: arts. 228 y 904 C. alemán; 52 C. Federal suizo de las Obligaciones, 77 del Proyecto ítalo francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 140 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 2045 C. italiano.

Contempla el presente artículo el daño causado en el llamado **"estado de necesidad"**, análogo, pero no idénticos al de **legítima defensa**, en cuanto el autor del perjuicio obra en ambos casos para evitar la realización de un mal, que puede dañarle a él o a un tercero, con la diferencia de que en el primer caso la víctima no ha atacado a nadie, sino que se ha reducido a una función puramente pasiva, al paso que en el segundo, o sea de la legítima defensa, el que la ejerce no ha podido defenderse sin contraatacar a su agresor o al agresor de un tercero.

El estado de necesidad, dicen Henri y León Mazeaud, supone la intervención de una fuerza extraña, sea derivada de la cosa de otro, o de un animal de otro, que pongan a una persona en el inminente peligro de sufrir un daño, de suerte que siendo así, y para evitarse el perjuicio, debe ella causar otro perjuicio. Se pregunta si en esta hipótesis incurre ésta en culpa y si es responsable del daño que causa.

Para responder a esta pregunta, nuestros autores comparan la situación del que invoca el estado de necesidad con el que obra bajo el imperio de la fuerza irresistible e imprevisible de la fuerza mayor o del caso fortuito, supuesto en el cual el hecho perjudicial no es imputable a su autor, por falta de la relación de causa a efecto necesaria para que haya responsabilidad. Siendo así, para que el daño causado en el estado de necesidad no engendre responsabilidad, será menester que el peligro revista los caracteres de la fuerza mayor: debe ser imprevisible o irresistible, entendida esta palabra en el sentido del peligro al cual no es posible substraerse. La irresistibilidad de que se trata, no es objetiva, como en el caso de la fuerza mayor por antonomasia, sino de orden moral o sea que el autor del daño se halle en la imposibilidad moral de obrar de otra manera. Para decidir un caso, como el propuesto, debe el juez preguntarse si otro individuo, situado en análogas circunstancias, se creería o no en la imposibilidad moral de evitar el perjuicio. El

apreciaría el caso fortuito in abstracto, como apreciaría la culpa in abstracto. Admitiría así la existencia de esta imposibilidad moral en ciertos casos en que el daño fuera causado a un bien de poco valor para salvar otro de mucho más valor, y la rechazaría en el caso de que el bien sacrificado es del mismo orden que el protegido. Un hombre normal, agregan nuestros autores, no puede considerarse en la necesidad absoluta de sacrificar, por ejemplo, la vida de un tercero para salvar la suya. (ver: autores y opus cits. t. I, Nos. 492 a 495, pág. 528 y ss).

Conocida esta doctrina, se comprenderá el sentido en que en el presente artículo, como en sus fuentes, se emplean expresiones, como: **"la cosa de otro"**, **"animal de otro"**, **"el peligro"** etc.

Tanto la cosa de otro, como el animal de otro, que la persona en peligro o en estado de necesidad está facultada a deteriorar, destruir, herir o matar, sin comprometer su responsabilidad civil, deben ser cosas o animales de menor valor que el bien que se trata de salvar. El peligro debe ser creado por una actividad extraña, nunca por la propia. El deterioro, la destrucción de la cosa, o la herida o muerte del animal ajeno **deben ser necesarios para evitar el peligro.** Y el daño causado a dichos bienes no debe ser desproporcionado con el peligro. Si éste es, por sus proporciones, menor que el daño, habrá responsabilidad. (ver: Demogue, t. III, Nº 240, pág. 394; Ripert, **La regle morale dans les obligations civiles**, Nº 46, pág. 88, 2ª edición; Esmein in Planiol y Ripert, **Obligations**, t. VI, Nº 567, pág. 773; Chironi, **La Culpa extra-contractual**, t. II, Nº 522 a) pág. 511, versión castellana de B. de Quirós; Coviello, **Manuale de Diritto Civile Italiano, Parte Generale**, Nº 157, 2º, pág. 493; Barassi, **La teoría Generale delle Obbligazioni**, t. II, Nº 209, a), pág. 477 etc.; Messineo, t. VI, parág. 169, Nº 7. III), pág. 487 y ss.).

Art. 2475. — La obligación de reparar el perjuicio causado por un acto ilícito existe, no sólo respecto de aquel a quien se ha dañado personalmente, sino también respecto de todas las personas directamente perjudicadas por consecuencia del acto.

Ver: arts. 1079 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto y nota 3, pág. 346, 5ª edición; 1388 del Anteproyecto de Bibiloni, Esbozando éste una rectificación del art. 1079 del C. argentino substituye la expresión **"manera indirecta"**, usada en el modelo, por otra connotativa del **"perjuicio indirecto"** que las otras personas vinculadas a la víctima pueden sufrir por consecuencia del daño que se le causa y que puede ser, incluso, la muerte misma. Así, "cuando se hiere a alguien —dice Bibiloni— se causa daño tanto a él, como a su esposa e hijos, si ellos subsisten del trabajo del esposo, y esto no es daño indirecto, como reza el art. 1079, sino daño causado por el mismo hecho, y tan directo para uno como para otros", (ver autor y opus cits. t. II, pág. 238, edición Kraft).

Art. 2476. — Si por la acción común de dos o más personas en la comisión de un acto ilícito que cause daño a otro, sin que sea posible individualizar al culpable singular y exclusivo del acto, no obstante la evidencia de su participación en la ejecución del hecho, todas ellas responderán solidariamente de la indemnización de los daños y perjucios, aunque se trate de un hecho no sancionado por el Código Penal.

El que pagó la totalidad del perjuicio tendrá un recurso contra cada uno de los otros partícipes del acto ilícito por una cuota que fijará el juez según su culpa. Si a éste le fuere imposible establecer el grado de responsabilidad de cada uno de los autores del hecho, la repartición se hará por partes iguales.

Ver: arts. 1081 y 1082 C. argentino; 3636 del **Esboço** de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto y notas 6 y 7, pág. 348, 5ª edición; 840 C. alemán; 50 C. Federal suizo de las Obligaciones; 137 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 84 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 185 del C. de la República de China; 1518 C. brasileño; 2055 C. italiano; 2317 C. chileno; 2344 C. colombiano; 2336 C. ecuatoriano; 2068 C. de la República del Salvador; 1331 C. uruguayo; 1195 C. venezolano; 1147 C. peruano; 2289 C. guatemalteco; 1917 C. mexicano; 1046 C. costarricense; 2510 C. nicaraguense; 3636: 1389 del Anteproyecto de Bibiloni; 867 del Proyecto argentino de 1936.

Harto conocidas, como son, las discrepancias de interpretación a que el art. 1081 del Código argentino dió lugar entre sus exégetas, tal como lo dejamos expuesto bajo el Nº 915 del t. II de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones, era necesario acabar con tan sensibles motivos de confusión en el foro.

El artículo que examinamos contempla un caso de lo que en doctrina se distingue con el nombre de **solidaridad simple o imperfecta**, o **solidaridad legal**, figura paralela a la correalidad, disciplinada por los arts. 977 a 992 del presente Código, caracterizada por la unidad de vínculo (**idem debitum**), la identidad de causa o fuente (**eadem causa: la stipulatio**), unidad de objeto o prestación, (**eadem pecuniam**) toda entera (**insolidum**), con pluralidad de relaciones subjetivas, de suerte que cada codeudor pueda obligarse uno pura y simplemente, otro bajo condición, otro pagadera la deuda en otro lugar (ver: Demangeat, **Des Obligations Solidaires en Droit Romain**, pág. 330 y ss.).

Mas como quiera que la solidaridad simple o imperfecta no nace de la estipulación o sea de una convención por la que los codeudores se obligan a pagar toda la deuda el uno por el otro, sino sólo de la ley, resisten la doctrina y la jurisprudencia francesas á admitir que ella pueda producir los efectos objetivos o reales de la correalidad, como la extinción de la deuda respecto de todos los codeudores y acreedores por novación compensación, confusión o remisión estipuladas con solo uno de ellos, razón por la cual, H. y León Mazeaud enseñan que la obligación de indemnizar a cargo de los coautores, cómplices etc., de un acto ilícito, no es de solidaridad propiamente dicha, sino de obligación **in solidum**, tal como también lo enseñan Aubry y Rau (t. IV, parág. 298 ter, texto y nota 6, pág. 30, 5ª edición y los autores allí citados: Ribbentrop, **Zur Lehre von der Correal Obligation**; Fritz, sur Wenin-Ingenheim, **System der Pandecten**, III, pág. 182 y ss.; Mourlon, t. II, Nº 1247 y 1257 a 1260, pág. 654 a 658, 8ª edición).

Vélez Sarsfield, inspirado en el art. 3636 del **Esboço** de T. de Freitas, parág. 2º, estatuyó en el art. 1082 del Código argentino que: **"Indemnizando uno de ellos todo el daño, no tendrá derecho para demandar a los otros las partes que les correspondieren"**, decisión que en el **Esboço** de T. de Freitas supone intención dolosa en el autor o en los autores del acto ilícito, o sea que el acto ilícito de que se trata es un delito del Derecho civil, a tenor del art. 1072 del mismo Código. Segovia, acaso sin prestar a este asunto la atención debida, sugirió una corrección del art. 1082 del C. argentino, consistente en substituir el adverbio de negación "no" por el adverbio: **"sólo"**, porque entendía que el "no" era un error tipográfico, "como lo demuestra —agrega— la misma redacción del artículo y lo exijen los principios de justicia y todos los códigos" (ver autor y opus cit. t. I, nota 15 al art. 1083 de su numeración, pág. 295, 1ª edición).

La verdad es que no había error tipográfico alguno. Si había error en ello, procedía del parág. 2º del art. 3636 del **Esboço** de T. de Freitas, admitido sin discusión por la cátedra y la jurisprudencia argentinas.
En substancia, Segovia estaba en lo cierto, al preconizar la acción recursoria del coautor de un hecho ilícito del Derecho civil que paga toda la indemnización, contra sus coparticipes en la comisión del hecho imputado a todos, no tanto porque tal sea la decisión punto menos que de Derecho uniforme en la mayor parte de los códigos civiles de las naciones cultas, sino porque si con la negación de dicho recurso se pretende sancionar económicamente y con más intensidad al coautor solvente del delito que pága el monto total de la indemnización debida a la víctima, se premia con la impunidad a los coautores del mismo delito que, aun siendo solventes, recurren a artilugios para eludir el pago de su obligación.
Lo mejor es dejar expedita la vía para que el que pagó toda la indemnización se encargue de constreñir a sus coautores, cómplices o consejeros a contribuir con su cuota parte a enjugar la deuda.
Otra singularidad de la interpretación a que el art. 1080 del Código argentino fue objeto de parte de sus intérpretes, también argentinos, es la pretendida limitación de la solidaridad al sólo caso de que se trate de un delito del Derecho civil, y no a los cuasidelitos, sin advertir lo que en su segunda parte estatuye el art. 1109 del mismo Código, o sea que: **Esta obligación** (de indemnizar los hechos ilícitos que no son delitos) **es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil**, tal como Aubry y Rau le habían sugerido a Vélez Sarsfield, al decirl **Cette obligation est, en général, regie par les memes principes que celle qui naid d'un delit, de Droit civil, notammem, en ce qui concerne la solidarité entre les coauteurs d'un meme quasi—delit...** etc. (ver autores y opus t. VI, parág. 446, texto y nota 6, pág. 370, 5ª edición), y tal es la jurisprudencia constante y uniforme de los tribunales franceses, sin otra base que los arts. 1382 y 1383 del Código de Napoleón, siquiera estos preceptos carezcan de precisión relativa a la solidaridad por delitos y cuasidelitos.
El presente artículo elimina toda sofisticación acerca de la extensión de la solidaridad por los actos ilícitos. Ella es aplicable lo mismo a la responsabilidad por los delitos, como por los cuasidelitos. Es la doctrina hoy unánime, como lo dejamos evidenciado bajo el Nº 915 del t. II de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones, y así también lo entiende Bibiloni, t. II, nota al art. 1389 de su Anteproyecto, pág. 238 y autores allí citados.

Art. 2477 — Sólo en los casos expresamente previstos por este Código puede demandarse, independientemente de la reparación del daño patrimonial, una satisfacción por el perjuicio moral.

Ver: arts. 253 C. alemán; 157 inc. 3º del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 85 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y los contratos; 194 y 195 del C. Civil de la República de China; 49 del C. Federal suizo de las Obligaciones y arts. 29 parág. 2º; 93, 134 parág. 2º 181 parág. 2º y 318 del C. Civil suizo; 1550 y ss., C. brasileño; 2059 C. italiano; 1196 C. venezolano; 1916 C. mexicano; 1078 y 1083 C. argentino; 886 segunda parte y 871 del Proyecto argentino de 1936; en contra: art. 1391 del Anteproyecto de Bibiloni.

Hénos aquí ante uno de los asuntos más escabrosos del Derecho civil: la debatida cuestión de saber si el daño moral es resarcible, afirmada por unos, negada por otros. Para resolver el problema así suscitado, lo primero que debe hacerse, es orientarse en la investigación de sus dificultades. A estos efectos, nada mejor que, como primer paso, intentemos una no muy profunda incursión en la historia, para seguir luego con el desarrollo de las ideas en la doctrina y la jurisprudencia de las naciones de la Europa de occidente.
I) Los romanos, que desde las XII Tablas protegieron enérgicamente la personalidad humana, concibieron y admitieron la **actio injuriarum aestimatoria** que permitía al injuriado o lesionado en su personalidad la obtención de una reparación pecuniaria, a su elección, conforme con la ley **Cornelia**, de una pena privada o de un proceso criminal ante un tribunal permanente y especial. La acción estimatoria, que se prescribía al año, como la acción **perpétua**, era dada contra el que cometía injuria contra la memoria de un difunto a quien hemos sucedido. Ella era acción penal enderezada obtener el pago de una pena, cuyo monto era fijado por el juez. La palabra **injuria** comprendía todo acto que tuviese por objeto menoscabar nuestro honor, nuestra reputación, sea por vías de hecho, o de palabras, verbales o escritas, y aun actos que sólo implicaban la intención de injuriarnos. También se daba contra todo atentado a nuestra libertad individual; contra aquél que había privado de su razón a otra persona o que le hubiera administrado ciertos medicamentos. No había injuria sin animus injuriandi (ver: Moynz, t. II, parág. 272, pág. 470 y ss; Cuq, t. II, pág. 466; Girard, opus cit. texto y nota 5, pág. 400, 4ª edición; Sohm, Instituciones, pág. 422; Bonfante, Instituciones, parág. 175, pág. 516; Jors y Kunkel, Derecho Privado Romano, Nº 159. pág. 366 y ss.; Heinecio, Recitaciones, t. II, Nºs. 1096-1100, pág. 158 y ss., 5ª edición castellana; Mackeldey, Elementos de Derecho Romano, parág. 472, pág. 294, 3ª edición castellana; Ortolan, **Explication Historique des Instituts** (Lib. III y IV), Nºs 1764 y 1779, pág. 439 y ss., 2ª edición; Perozzi, **Istituziani di Diritto Romano**, t. II, parág. 174, pág. 337 y ss.; Ferrini, **Manuale di Pandette**, Nº 33, pág. 32 y Nº 592, pág.576, 4ª edición; Arangio Ruiz, Instituciones, pág. 416, versión castellana de la 10ª edición italiana; Pacchioni, Manual de Derecho Romano t, II, pág. 165, versión castellana de Martínez y Reverte Moreno; Biondo Biondi, **Instituzioni di Diritto Romano**, parág. 130, pág. 403 ss, etc.)
Conocido es el texto atribuído a Ulpiano: **Omnemque injuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem, aut ad infamiam pertinere. In corpus fit, cum quis pulsatur. Ad dignitatem, cum comes matronae abducitur. Ad infamiam, cum pudicitia attentatur**, o sea: toda injuria ataca el cuerpo, la dignidad o el honor. El cuerpo, cuando alguno es golpeado; la dignidad, cuando a una dama se le quita su criada; el honor, cuando se atenta al pudor (Dig. Lib. XLVII, Tít. X, Ley 1, parág. 2, in **Les Cinquante livres du Digeste**, t. VII, pág. 260, edic. 1805).
II) En Alemania, el Derecho común se mantuvo renuente a proteger los bienes jurídicos inmateriales. La patrimonialidad de la obligación es un dogma de la escuela histórica de principios del siglo XIX, opuesto a la idea de la indemnización del daño inmaterial. La teoría de los perjuicios e intereses es dominada por el equilibrio entre la culpa y la indemnización (ver: Ihering, **De la Faute en Droit Privé**, pág. 62 y ss., traducción Meulenaere, y Hans A. Fischer. Los Daños civiles y su reparación, pág. 234, versión castellana de Roces).
No obstante, el Derecho anterior a la sanción del Código Civil del Imperio alemán, regido por leyes estaduales, propendió a proteger los intereses inmateriales, mediante diversas acciones, como la llamada **"pecunia doloris"** del Código civil sajón (art. 1489), el Código austríaco (art. 1325), el Código de Prusia(art. 1, 6, parág. 112). Estos dos últimos confieren a la mujer a quien por una lesión se la deja deformada, una indemnización pecuniaria, por lo que la lesión pueda dificultar su subsistencia y matrimonio; la **"acción de estupro"**, admitida por el Código civil sajón (art. 1551), el Código de Prusia (arts. 1015 y 1932), bajo la influencia del Derecho mosaico y el Derecho canónico, y por la cual se pena con una multa al que seduce a una doncella o a una viuda sin tacha o en la alternativa de casarse con ella o dotaria, es decir, asignarle una cantidad adecuada a su posición social en concepto de indemnización por no casarse con ella. Entrañando esta pena cierto carácter patrimonial, era transmisible a los herederos del culpable; y finalmente, la llamada **"pena sajona"** destinada a reparar las molestias sufridas por quien se ve privado injustamente de su libertad. Ella fue consagrada por el Código Prusiano (art. 132), el Código sajón (art. 1497) y el Código austríaco (art. 1329) (ver: Fischer, opus cit. pág. 236 y ss.).

III) En Francia la indemnización del daño moral tiene su historia. En el Antiguo Derecho, fue admitida en el orden delictual, pero no en el contractual, la reparación del atentado al honor del marido impuesta al cómplice de su mujer adúltera; de los ultrajes causados a la memoria de los muertos por violación de su sepultura, casos en los cuales el art. 88 de la Ordenanza de Villers-Cotterets de 1538 dispuso que para la estimación de la indemnización o suma otorgada a la víctima, debía tomarse en cuenta el elemento moral (H. y L. Mazeaud, t. I, Nº 299, pág. 366).

El art. 1382 del Código francés, sobre el cual descansa toda la construcción doctrinal y jurisprudencial de los daños y perjuicios resarcibles por los actos ilícitos, se reduce a estatuir que: **Cualquier acto del hombre que cause daño a otro, obliga a aquél que lo ha hecho a repararlo**, de suerte que siendo así ha sido necesario a sus exégetas, partidarios de la indemnización del daño moral, verdaderos esfuerzos de dialéctica, invocaciones de referencias equívocas de los oradores del Tribunado a este asunto con el cual, a lo que parece, no soñaron, dominados como estuvieron por la concepción patrimonial del daño sancionado por la Ley Aquilia. El único argumento valedero y decisivo es que la fórmula empleada en la redacción de aquel precepto, es general, suficiente a conglobar tanto el daño moral como el material, tan general que nada autoriza a excluir de su texto la indemnización debida por el perjuicio inmaterial. Sobre estas bases se han dictado diversas leyes, todas inspiradas en el mismo principio, como la ley de prensa y la ley relativa a la justicia de paz, a favor de las cuales puede la víctima de una difamación obtener que se le indemnicen los daños y perjuicios; la ley de instrucción criminal que contempla una indemnización debida a la víctima de un error judicial; la ley de garantías a la libertad individual, por la que se admite una acción de responsabilidad civil en el caso de que las medidas protectoras no fueren respetadas.

A favor de la omisión de un texto expreso del Código que autorice la indemnización del daño moral, ha prosperado la discusión promovida por los adversarios de la reparación, de los cuales unos han llegado a negarla en absoluto, y otros a conclusiones más o menos eclécticas o a sistemas mixtos, que nuestros autores los hermanos Mazeaud, rechazan.

Los sistemas mixtos, forma disimulada bajo la cual se esconde la teoría negativa, son aquellos que en vez de fundar la distinción en la naturaleza de la culpa, la fundan en la naturaleza del perjuicio. Sus expositores oponen la parte social del patrimino moral (atentados al honor y a la reputación), a la parte efectiva del patrimonio (atentados a los sentimientos de afección), y admiten de buen grado una reparación en el primer caso, pero la niegan en el segundo. Entienden estos juristas que los atentados al honor entrañan casi siempre un perjuicio pecuniario, de donde resulta que por este rodeo terminan por negar en todos los casos la reparación del perjuicio moral propiamente dicho. Otros juristas enseñan que los atentados al honor pueden ser valuados en dinero, no así los atentados a los sentimientos de afección

Entre los autores que niegan en absoluto la posibilidad de valuar el daño moral en sí independientemente de un daño pecuniario o material, se cita a Baundry Lacantinerie y Barde quienes bajo el Nº 2871 del t. IV de su tratado de las Obligaciones, luego de desmenuzar con acervo espíritu crítico los fallos de los tribunales por los que se otorgan indemnizaciones por el daño moral, concluyen que éste no es indemnizable en sí y que todas las sentencias favorables a la indemnización evidencian que no ha sido otorgada sin vincular el daño moral a un daño patrimonial (ver autores y opus cits. pág. 559 a 577).

La razón que se da en fundamento de esta doctrina negativa es que obligándose por el art. 1382 del C. francés al autor del daño a **"repararlo"**, para borrarlo o hacerlo desaparecer, no se comprende que siendo moral el daño pueda el dinero, por cuantiosa que sea la suma fijada para indemnizarlo, borrar las heridas que desfiguran; una difamación odiosa, que mancha para siempre a la víctima; una acusación mentirosa al vecino; los sufrimientos soportados; el dolor causado a un padre por la muerte de su hijo; las violaciones a la libertad de conciencia, porque siempre el dinero llegaría demasiado tarde para hacer olvidar tales agravios, y restituir a la víctima en la misma situación en que se hallaba antes del hecho. Tampoco habría elementos capaces de permitir una valuación del daño moral, cuando el quantum de la indemnización debe medirse por el perjuicio sufrido. Si ella es fijada en consideración al grado de la culpa del autor del hecho, no se la otorgaría en consideración al hecho dañoso en sí, sino en consideración a la gravedad de la culpa, y los principios de la responsabilidad civil serían de esta suerte violados, porque la indemnización no sería tal, sino una pena privada.

La réplica de los hermanos Mazeaud a estas objeciones no son demasiado convincentes. Reconociendo éstos que el dinero no podría **"reparar"** el daño inferido, en cuanto con este vocablo se quiere expresar que la indemnización podrá restituir las cosas a su estado anterior, o a hacer desaparecer el perjuicio, arguyen, sin embargo, que una suma de dinero podría permitir a una persona que ha perdido su capacidad de trabajo, dirigirse a un médico reputado cuya ciencia le permita aliviarle, o aligerarle. La inserción en las columnas de un diario de una rectificación, pagada con la suma de dinero conferida por el juez, puede permitir que se atenúen las consecuencias de una difamación. Agregan que si hay casos en que el dinero es inepto para reparar el daño, no hay razón para negar la indemnización a la víctima. La ceguera sufrida por la víctima, no puede recuperarse con dinero; las huellas de un incendio de una casa, no pueden ser borradas, pero no por eso se dirá que el perjudicado debe renunciar a toda reparación porque el daño moral no es reparable. Siendo así, evidente es que la palabra **"reparar"** es empleada y entendida en un sentido demasiado estrecho. Si el dinero no es capaz de **"reparar"** el daño moral, puede dar a la víctima la la posibilidad de obtener una satisfacción equivalente a lo que ha perdido, que ella buscará libremente, como le plazca.

Siendo así, agregan nuestros autores, el error de la teoría negativa consiste en confundir **"borrar"** y **"reparar"**. Se puede reparar aun aquéllo que no se puede borrar, admitido lo cual, se debe reconocer que la reparación del daño moral es posible (opus cit. t. I, Nºs. 312 a 313, pág. 375).

Cuanto al criterio de valuación del daño por el juez, se arguye que es el mismo con que se le permite valuar el daño patrimonial, siquiera con el riesgo de dejarse impresionar por la gravedad de la culpa cometida y de transformar en una medida más o menos grande la indemnización en la sanción de una pena privada, tal como Sourdat la concibe (opus cit. t. I, Nº 33 in fine, pág. 25, 2ª edición) y lo admite Planiol (opus cit. t. II, Nº 868 al fin, pág. 285, 9ª edición).

La indemnización del daño moral cuenta en Francia, a pesar de las severas críticas de que es objeto, con la adhesión de la mayor parte de sus doctrinadores, como Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, Nº 546, pág. 751; Laurent, t. XX, Nºs. 395 y 525, págs. 415 y 569; Demolombe, t. XXXI, Nºs. 672 a 675, pág. 575 a 578; Beudant, Les Contrat et les Obligations, Nº 1155, pág. 731; Demogue, t. IV, Nºs. 402, 415, págs. 43 y 55; Josserand, Cours de Droit Civil Positif Francais, t. II, Nºs. 441, pág. 215 y Nº 623, pág. 306.

Hemos dejado de propósito atrás la opinión de Aubry y Rau acerca de esta materia, dada su íntima vinculación con el art. 1078 del C. argentino, al que sirve de fuente. Estos autores, inspirados en los arts. 51 y 117 del Código penal francés, se expresan así: "El perjuicio comprende siempre la pérdida y la cesación de las ganancias que el delito ha ocasionado a una persona (**damnum emergens et lucrum cessant**) Comprende además, cuando se trata de un delito criminal, el daño moral que el delito le ha causado a la persona herida, sea turbándola en su seguridad personal o en el goce de su patrimonio, sea hiriéndola en sus afecciones legítimas (ver autores y opus cits. t. VI, parág. 445, texto y notas 2 a 3, pág. 345 y ss., 5ª edición).

La doctrina así expuesta por Aubry y Rau ofrece la singularidad de fundar la indemnización del daño moral, no en la culpa aquiliana de los actos ilícitos del Derecho civil, sino en el dolo de los delitos del derecho penal, como si fuera de esta reducida esfera no pudiese darse el daño no patrimonial.

Los hermanos Mazeaud no han podido explicarse el porqué de esta distinción, según la cual no es el daño moral en sí el que genera el derecho a la indemnización sino el daño material ocasionado por un delito del derecho penal (ver autores y opus cits. t. I, Nº 307, pág. 372 y Nº 314, pág. 377).

No advirtiendo, sin duda, Vélez Sarsfield estos defectos de la doctrina de Aubry y Rau, la trasegó literalmente al art. 1978 del Código argentino, según el cual: Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también el agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.

También en este caso no se da la reparación del daño moral en sí independientemente del daño patrimonial, tal como Baudry Lacantinerie y Barde destacaron el fundamental defecto de los fallos con que los tribunales franceses intentaron indemnizar el daño no patrimonial.

Bibiloni, a todas luces influido por estos autores, a cuya ejecutoria se remite en su larga nota al art. 1391 de su Anteproyecto (t. II, pág. 240, edición Kraft), auspicia la tácita derogación del art. 1078 del Código argentino, al estatuir que: Aunque el hecho ilícito fuese un delito del derecho penal, la indemnización del daño sólo comprenderá el perjuicio de orden patrimonial, sin perjuicio de las disposiciones especiales de este Código, con que en cierta medida consagra la regla del art. 253 del Código alemán, siquiera sin citarlo.

Más la Comisión argentina de Reformas del Código optó, sin mucho acierto, por la regla general de la 1ª parte del art. 85 del Proyecto ítalo-francés del Código de las Obligaciones y lo trasegó al parágrafo 2º del art. 866 del Proyecto argentino de 1936, según la cual: El deber de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por el acto ilícito, disposición expuesta a objeciones por su amplitud en la admisión de toda pretensión a la indemnización del daño moral que se invoque en juicio, sin referencia a ningún precepto especial que la autorice y aunque medie un daño patrimonial, en perfecta contradicción con la doctrina civil prevaleciente en nuestros días bajo la influencia del Código civil alemán.

IV). Para comprender el alcance de nuestro art. 2477, inspirado en el art. 253 del Código alemán, hoy reproducido por los arts. 2059 del Código italiano de 1942; 157 inc. 3º del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 194 y 195 del Código Civil de la República de China, lógico es que volvamos por un momento al Derecho alemán y especialmente a un examen, siquiera superficial, de los pertinentes preceptos del Código Civil del Imperio. Seguiremos en esta materia la rica información de Hans A. Fischer, en su substanciosa obra sobre Los Daños Civiles y su reparación, sin perjuicio de acudir a otras fuentes, como hay tantas.

Los daños morales —dice nuestro autor— se distinguen según que sean pasajeros —dolores y malestares susceptibles de curación: o permanentes — pérdida de un miembro o de un sentido, por ejemplo: la vista, esterilidad, quebrantamientos permanentes de la salud. También debe contarse entre los daños no patrimoniales el desequilibrio del espíritu y la razón, el cual puede producirse como daño independiente o por efecto de otro trastorno corporal o de otra lesión, v. gr. como consecuencia de un golpe en la cabeza. En otro grupo figuran el disgusto y el dolor moral causados por un acto de seducción y las injurias de hecho, como lo entienden Planck, Kipp, Windscheid, Enneccerus (ver este autor, Derecho de Obligaciones, vol. I, parág. 14, Nº 6, pág. 95). Y también causan daño moral las vejaciones que sufre la honra de las personas por meras injurias de palabra, como en la injuria del Derecho romano, aunque no siempre lesionen el honor, ni lo menoscaben. En casos tales, el daño inmaterial consiste en la inquietud y preocupación que se causa, lo mismo que en los abusos contra la libertad.

Finalmente se incluye en el concepto de daño moral los menoscabos efectivos que puede sufrir la persona, por ejemplo, una mujer seducida, en su fama y su honor.

Sabido ésto, hace notar Fischer que no basta que se haya inferido un daño moral cualquiera, para que nazca el deber de indemnizarlo. El Código alemán acota cuidadosamente el campo de los daños inmateriales, excluyendo con ello buena parte de los casos que gozan de protección en el régimen francés. No se concede, por ejemplo, indemnización al dolor causado a los padres de una persona herida, seducida o muerta. Los dos primeros casos no originan un deber de indemnización a favor de terceros, y la muerte sólo en los límites señalados por los arts. 844 y 845.

Para que el daño sea indemnizable según el art. 847, enseña von Liszt, debe recaer precisamente sobre los bienes jurídicos que previene ese precepto. Por tanto, sólo pueden considerarse como daños inmateriales, exclusivamente los que afecten a la integridad corporal o a la salud, a la libertad, o al honor sexual. Las lesiones causadas en la honra sentimientos morales o religiosos etc., no dan nunca base para una acción de resarcimiento a tenor del citado artículo.

Mas Fischer, por el contrario, sostiene que lejos de eso, siempre que concurran algunas de las causas determinantes de que hablaremos en seguida, cree que se debe también indemnización por los daños causados en el honor y los dolores y quebrantos morales.

Los daños no patrimoniales, según el Código alemán, son los previstos en los arts. 847 y 1300. Estos hechos presuponen una lesión inmediata de bienes no patrimoniales. Si media un daño patrimonial, desaparece la reparación pecuniaria.

La ley no admite indemnización en dinero del interés de afección en bienes patrimoniales, porque representando el interés de afección la valoración más subjetiva posible, y se obligase al autor del hecho a indemnizarlo, quedaría el perjudicado convertido en juez y parte, quedando aquél a merced de su voluntad y expuesto a toda serie de abusos y fraudes en su valoración.

De los arts. 847 y 1300 nos ocuparemos más adelante. (ver autor y opus cits. pág. 251 a 261).

En la redacción de nuestro art. 2477 hemos cuidado de no emplear la palabra "reparación" o "indemnización" porque el daño moral no es susceptible de ser cicatrizado, como puede curarse una herida, con ninguna suma de dinero. Los agravios morales no se borran. El indemnizado sigue con el menoscabo que ha padecido, aun después de recibir la indemnización. Siendo así, preferimos decir que la víctima tendrá derecho "a una satisfacción por el perjuicio moral", como expresión más adecuada con la naturaleza inmaterial del daño.

CAPITULO II

De los actos ilícitos contra la persona, la libertad y la propiedad

Art. 2478. — El que con intención o por negligencia causara sin derecho la muerte de otra persona, debe pagar todos los gastos hechos en su asistencia e inhumación; y si su muerte no ocurriere inmediatamente, reparará también el perjuicio que hubiere sufrido durante el tiempo de su incapacitación para el trabajo.

Si el muerto subvenía a la subsistencia de su mujer e hijos, o a falta de éstos, de sus padres, la indemnización a cargo del autor del acto ilícito comprenderá lo necesario para proveer a sus alimentos por el tiempo medio de duración de la vida y con arreglo al modo de pago que fije el juez.

El derecho de cobrar los gastos a que se refiere el parágrafo 1º compete a cualquiera que los hubiere cubierto, aunque fuese en virtud de una obligación legal.

Ver: arts. 1084 y 1085 C. argentino; 3643 y 3649 del Esboço de T. de Freitas; 1537 C. brasileño; 1393 del Anteproyecto de Bibiloni; 871 del Proyecto argentino de 1936; 844 C. alemán; 162 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 45 C. Federal suizo de las Obligaciones; 85 Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los Contratos.

Art. 2479. — En caso de lesiones corporales o de perjuicio a la salud, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de curación y convalescencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento.

Si la aptitud de trabajo del damnificado resultare anulada o perjudicada, o le sobreviniere un aumento de sus necesidades, la indemnización comprenderá este daño y consistirá en una renta en dinero.

Si la persona lesionada quedara desfigurada y fuere del sexo femenino, se le indemnizará equitativamente del perjuicio que de esa circunstancia pudiera resultar para su porvenir, aunque no se le haya causado daño a sus bienes.

Sobre el parágrafo 1º ver: arts. 1086 C. argentino; 3644 Incs. 1º y 2º del Esboço de T. de Freitas; 1538 parágrafo 1º Código brasileño.
Sobre el parág. 2º ver: arts. 843 C. alemán; 46 C. Federal suizo de las Obligaciones; 161 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 193 C. Civil de la República de China; 85 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1538 Inc. 1º C. brasileño.
Sobre el In fine de nuestro artículo, ver: art. 1326 C. austriaco y 847 C. alemán.
Sobre todo el artículo, ver: arts. 1394 del Anteproyecto de Bibiloni; 872 del Proyecto argentino de 1936; 1538 Inc. 2º C. brasileño.

Art. 2480. — Si al tiempo de dictarse la sentencia de indemnización por lesiones no fuese posible determinar con certidumbre las consecuencias de la lesión, podrá el juez reservarse el derecho de rever el juicio durante un plazo improrrogable de dos años computados desde la fecha de la sentencia.

Ver: arts. 46 segunda parte del C. Federal suizo de las Obligaciones; 1395 del Anteproyecto de Bibiloni; 873 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2481. — Las personas que por aplicación de los arts. 2482 y 2483 tienen derecho a exigir alimentos al damnificado, podrán reclamar directamente del autor del hecho ilícito la indemnización del perjuicio que haya sufrido por esa causa.

Se comprende en esta disposición al concebido en el momento del hecho ilícito.

De este derecho no gozan los que participaron en el acto, o los que no lo impidieron pudiendo imposibilitar su ejecución.

Ver: arts. 1396 del Anteproyecto de Bibiloni; 1085 al fin del C. argentino; 874 del Proyecto argentino de 1936; 47 del C. Federal suizo de las Obligaciones; 166 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 2482. — Si el acto ilícito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una suma de dinero equivalente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituído a su libertad, excluído los daños ocasionados a sus bienes.

Ver: arts. 1087 C. argentino; 3645 del Esboço de T. de Freitas; 1550 C. brasileño; 1397 del Anteproyecto de Bibiloni; 875 del Proyecto argentino de 1936; 847 C. alemán. Este es uno de los casos de indemnización del daño moral admitido por el C. alemán.

Art. 2483. — En caso de violación, estupro o rapto, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, a menos que el autor del hecho contraiga matrimonio con ella.

Esta disposición es extensiva al delito de cópula carnal con mujer honesta, obtenida mediante engaños desleales, amenazas, o abusos de relaciones de dependencia, y a la seducción de la mujer honesta menor de diez y ocho años.

La indemnización comprenderá el perjuicio sufrido, y el que resultare para el porvenir de la damnificada por el hecho consumado.

Ver: arts. 1088 C. argentino; 3646 del Esboço de T. de Freitas; 1548 C. brasileño; 847 in fine C. alemán; 1328 y 1326 C. austriaco.

Art. 2484. — El que faltando a la verdad afirme o divulgue un hecho que por su naturaleza cause cualquier perjuicio a otro en su persona o bienes, reputación, crédito o industria, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probare que de la comisión de los hechos ilícitos mencionados le resultó algún daño patrimonial o cesación de ganancias apreciables en dinero, y el autor de la difamación no demostrare la verdad de la imputación. Esta disposición se aplicará en caso de acusación calumniosa, y de uso ilícito de nombre.

El que demanda la reparación debe además probar que el autor de la imputación difamatoria o calumniosa conocía su falsedad o que debía conocerla. Si resultara de dichas pruebas que éste las ignoraba, no estará obligado a reparación.

Ver: arts. 1089 y 1090 C. argentino; 3647 Inc. 1º y 3º del Esboço de T. de Freitas; 1547 C. brasileño; 824 C. alemán; 49 C. Federal suizo de las Obligaciones; 1399 del Anteproyecto de Bibiloni; 878 del Proyecto argentino de 1936.

La reputación o el crédito son elementos morales integrantes de la personalidad, razón por la cual el Código alemán como el federal suizo de las obligaciones sancionan su lesión por medio de afirmaciones falsas comunicadas a terceros o divulgadas por cualquier medio, verbalmente o por escrito, como verdaderos delitos. Indiferente es que el que difama o calumnie afirmen la falsedad, como noticia recibida de otra persona, pues, que la difunde o propaga. Mas para que la pretensión de indemnización prospere es menester que la noticia sea falsa y que quien la divulgue conozca su falsedad o deba conocerla.

Art. 2485 — El que por un acto ilícito se ha apoderado de una cosa ajena debe restituirla a su legítimo poseedor, con todos sus frutos; y responderá de su valor en el caso de no poder restituirla, lo mismo que por los deterioros que hubiere sufrido, aunque una y otro fueren causados por caso fortuito, a menos que hubieran debido ocurrir de la misma manera si el acto ilícito no se hubiera realizado. En caso de deterioro, la indemnización consistirá en la diferencia de valor entre el actual y el anterior.

Tanto en caso de imposibilidad de restituir, como en el de deterioro, se abonará además el interés legal sobre la suma adeudada, computado desde el momento de la ejecución del acto ilícito.

Esta disposición se aplicará en todos los casos en que del hecho ilícito resulte una usurpación de dinero.

Ver: arts. 1091 y 1092 C. argentino; 3650 y 3652 del Esboço de T. de Freitas; 1541 C. brasileño; 849 C. alemán; 1400 del Anteproyecto de Bibiloni; 879 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

Del ejercicio de la acción civil emergente de los daños causados por los actos ilícitos

Art. 2486. — La indemnización del daño causado por los actos ilícitos sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal.

Ver: Arts. 1096 C. argentino; 3637 del Esboço de T. de Freitas; 1403 del Anteproyecto de Bibiloni; 882 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, Tratado del Derecho de las Obligaciones, t. II, Nº 1335, pág. 563.

El presente artículo prohibe la acumulación de las acciones civil y penal a que da lugar todo delito del Derecho criminal, pero sin que la potestad de entender y conocer de las primeras sea exclusiva del juez civil. (Segovia, t. I, nota 33 al art. 1097 de su numeración, pág. 298, 1ª edición). En efecto, dispone el art. 25 del C. de Proc. Penales que: **"La acción civil puede ser ejercida ante el mismo juez y al mismo tiempo que la acción penal"**. (aun implícitamente por el ejercicio de sólo la acción penal, art. 32 ibidem).

"Puede también ejercerse separadamente ante el juez civil, debiendo quedar en este caso suspendida la prosecución del juicio hasta la resolución definitiva sobre la acción penal intentada antes que la acción civil y durante su ejercicio".

La prescripción de ambas acciones se rige por sus leyes propias: la acción civil emergente del delito, por las leyes civiles (art. 136 del C. Penal); y la acción penal por los arts. 116 a 123 C. Penal).

Art. 2487. — La acción civil no se juzgará renunciada por no haberla intentado los ofendidos durante su vida, o por haber desistido de la acción criminal, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber desistido de ella. Pero si renunciaron a la acción civil o hicieron convenios sobre el pago del daño, se tendrá por renunciada la acción criminal.

Ver: arts. 1097 C. argentino; 3638 del Esboço de T. de Freitas; 1404 del Anteproyecto de Bibiloni; y 33 de nuestro Código de Procedimientos Penales, en cuanto consagra idéntica regla a la enunciada en el párrafo primero de nuestro artículo; y 883 del Proyecto argentino de 1936.

Ya se sabe que Segovia observó que si la acción criminal se tendrá por renunciada por todo convenio del acusado con su querellante sobre el pago del daño, la parte ofendida podrá burlar la disposición del art. 842 (ver nota 35 al art. 1098 de su numeración, t. I, pág. 299). Ocioso es, sin embargo, que si tal efecto puede producir un convenio sobre el pago de la indemnización, no perjudicará a la acción penal pública, sobre cuya subsistencia y validez nada puede la voluntad del ofendido. (ver art. 24 del C. de Proc. Penales; y De Gásperi, opus cit. t. II, Nº 1341, pág. 565).

Art. 2488. — La acción por las pérdidas e intereses que nace de un acto ilícito, puede deducirse contra los sucesores universales de los autores y cómplices, observándose, sin embargo, lo que las leyes disponen sobre la aceptación de las herencias á beneficio de inventario.

Ver: arts. 1098 C. argentino; 3625 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto, pág. 355, 5ª edición; 1405 del Anteproyecto de Bibiloni; 882 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1349, pág. 567.

Art. 2489. — En los actos ilícitos que sólo causen perjuicio moral, como la pérdida de la salud por lesión corporal o cópula carnal deshonrosa según lo previsto por el art. 2483, la acción civil no pasa a los herederos universales del ofendido, a menos que haya sido reconocida por contrato o constituya el objeto de una instancia o litigio pendiente.

Ver: arts. 847 y 1300 C. alemán; 1099 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto, pág. 355, 5ª edición; 1406 del Anteproyecto de Bibiloni; 882 in fine del Proyecto de 1936.

En nuestra apostilla al art. 2475 de este Código dejamos explicado que para que proceda la acción de indemnización del daño no patrimonial se requiere que el damnificado no haya sufrido al mismo tiempo daño patrimonial, tal como por Derecho alemán se entiende el llamado daño moral resarcible, y contemplado sólo en los casos previstos por los arts. 847 y 1300 del Código Civil del Imperio.

Ceñido este Código a esa doctrina, mal podríamos trasegar aquí la enseñada por Aubry y Rau según la cual los delitos de injuria o de difamación son los típicos casos de actos ilícitos generadores de daño moral, y trasladada literalmente por Vélez Sarsfield al art. 1099 del Código argentino, porque a tenor de nuestro art. 2482 la acción de indemnización por el daño causado por tales delitos no procede si el damnificado no prueba que de la comisión de dichos delitos le resultó daño patrimonial o cesación de ganancias apreciables en dinero. A nadie debe serle permitido enriquecerse a expensas de su reputación o crédito so color de habérsela dañado por una difamación o una calumnia. Estos elementos imponderables de la personalidad humana no pueden ser llevados al comercio sin fomentar el chantage o el ejercicio abusivo del derecho.

Discrepan los tratadistas alemanes si el daño al honor es daño moral resarcible. Von Lizt, por ejemplo, lo limita al daño causado al honor sexual de la mujer honesta, contemplado en el art. 1300 del Código del Imperio. Si la mujer no es honesta, ¿de qué honor puede hablar, ni de qué daño puede quejarse por toda comunicación sexual de que sea objeto?

Si se trata del honor herido de un caballero, tampoco se concibe una pretensión a indemnización por daño moral, porque no hay dinero que lave la deshonra sufrida por un hombre que se jacta de hidalguía. Nada peor podría hacer un hombre de linaje que vejado de un salivazo en el rostro pusiese precio a su honra así mancillada. Inconcebible esta falta de pundonor, mal puede el Derecho protegerla.

Siendo así, como lo es, excluímos de nuestro artículo la acción civil por el daño causado al honor, que dice el art. 1406 del Anteproyecto de Bibiloni y lo repite el in fine del art. 882 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2490. — La acción de indemnización derivada de la comisión de un acto ilícito, aunque sea de los sancionados por el Código Penal, se extingue por la renuncia de la persona directamente ofendida, sin perjuicio

de la subsistencia de análoga acción que otra persona perjudicada por el mismo acto ilícito pueda ejercer contra el causante del daño.

Ver: arts. 1100 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 445, texto y nota 25, pág. 361, 5ª edición; 1407 del Anteproyecto de Bibiloni; 883 in fine del Proyecto argentino de 1936; 24 de nuestro Código de Procedimientos Penales; De Gásperi, opus cit. t. I, Nº 1339 y 1340, pág. 564.

Art. 2491. — Si la acción penal hubiere precedido a la acción civil, o fuere intentada pendiente ésta, no se seguirá procedimiento alguno en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal, con excepción de los casos siguientes:

1º) Si hubiere fallecido el acusado antes de ser juzgada la acción penal, caso en el cual la acción puede ser intentada o continuada contra los respectivos herederos;

2º) En caso de ausencia del acusado.

Ver: arts. 1101 C. argentino; 835 del Esboço de T. de Freitas; 1408 del Anteproyecto de Bibiloni; 882 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1352, pág. 582 y la larga nota de Bibiloni al art. 1408 de su Anteproyecto, t. II, pág. 247, edición Kraft.

Art. 2492. — Después de la condenación del acusado en el juicio criminal, no se podrá negar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado.

Ver: arts. 1102 C. argentino; 836 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 769, texto y nota 94, pág. 506, 3ª edición; y t. XII, parág. 679 ter, texto y nota 9, pág. 465, 5ª edición; 1409 del Anteproyecto de Bibiloni; 884 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1350, pág. 568; 1351, pág. 580; y 1356, pág. 587.

Art. 2493. — Después de la absolución del acusado, tampoco se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiere recaído la absolución si la sentencia se hubiera pronunciado sobre esa existencia.

Esta disposición no se aplica cuando se ha sobreído en la causa, o cuando la sentencia ha decidido que el hecho no constituye delito del derecho criminal, o cuando la absolución se funda en que en el agente no concurrieron los caracteres de la responsabilidad criminal.

Ver: arts. 1103 C. argentino; 837 del Esboço de T. de Freitas; 1410 del Anteproyecto de Bibiloni; 884 segunda parte del parág. 1º del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nºs 1350 y 1351, págs. 569 y ss.; y la nota de Bibiloni al art. 1410 de su Anteproyecto, t. II, pág. 249, edición Kraft.

Art. 2494. — Los tres artículos anteriores se aplican a todos los casos en que en juicio civil, se deduce una acción fundada en la existencia de un hecho que ha dado lugar a un procedimiento criminal.

La sentencia en lo criminal que ha resuelto sobre la acción civil de indemnización, hace cosa juzgada en los mismos casos en que la hubiera hecho el juicio civil.

Ver: arts. 1411 del Anteproyecto de Bibiloni y los autores citados en su nota; 885 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2495 — Si la acción criminal dependiere de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no se procederá en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes:

1º Las que versen sobre las validez o nulidad de los matrimonios;

2º Las que versaren sobre la clasificación de las quiebras de los comerciantes.

Ver: arts. 1104 C. argentino; 839 del Esboco de T. de Freitas; 1412 del Anteproyecto de Bibiloni; 887 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1374, pág. 600.

Art. 2496 — Con excepción de los dos casos anteriores, o de otros

que sean exceptuados expresamente, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación.

Cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia anterior dictada en el juicio civil pasada en autoridad de cosa juzgada, conservará todos sus efectos.

Ver: arts. 1105 y 1106 C. argentino; 840 y 841 del **Esboco**, de T. de Freitas; 1413 del Anteproyecto de Bibiloni; 888 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Ns. 1377 y 1378, págs. 60 y ss., y la larga nota de Bibiloni a los mencionados preceptos de su Anteproyecto, t. II, pág. 251.

CAPITULO IV

De la responsabilidad por los hechos de otro

Art. 2497 — El daño que con extralimitación intencional de sus facultades, en contravención o con omisión de sus deberes legales cause un funcionario o empleado público a los particulares en la atención o despacho de los asuntos reservados a su jurisdicción y competencia, compromete la responsabilidad directa del ente de Derecho público del cual dependa, hacia el damnificado, sin perjuicio de la acción regresiva de éste contra el causante del daño, en los términos del art. 86 de este Código, salvo que intencionalmente o por negligencia, haya el lesionado dejado de evitarlo por una vía legal expedita.

El funcionario o empleado público que fuera de servicio cause daño a terceros, será directamente responsable del perjuicio hacia el damnificado, ante los tribunales ordinarios.

Ver: nuestra apostilla al art. 86. El Estado, supremo realizador del Derecho, no debe exponer al particular damnificado por el funcionario o empleado de su dependencia en el desempeño de sus funciones y en su carácter de tal, a la eventual insolvencia del causante del daño.

Siendo principio fundamental del Derecho que todo daño debe ser reparado, cumple al ente de Derecho público (Estado) asumir ante el lesionado la plena responsabilidad por el daño que le ha causado en el desempeño de sus funciones un funcionario por él elegido. No debe buscarse el fundamento de esta responsabilidad en la **culpa in eligendo** que, según la doctrina de la ficción, mal pueden cometer los entes morales. Mas abandonada por este Código la doctrina de la ficción, para abrazar la de la realidad de las personas jurídicas, nada importa que el ente de Derecho público pueda alegar su ineptitud para incurrir en culpa **in eligendo**. La realidad es otra. Hay malos y buenos funcionarios. Los primeros elegidos por razones políticas o partidistas, sin consideración a su idoneidad y sus antecedentes morales de conducta. Los segundos elegidos en consideración de su idoneidad, su capacidad intelectual y aptitudes para el buen desempeño de sus funciones. Los primeros son, por lo común, causantes irresponsables de daños irreparables a terceros, como acontece con la conducción de vehículos automotores del Estado o de entes autónomos del Derecho público, a cargo de chaufferes destituídos de toda idoneidad y del sentido de su propia responsabilidad incapaces de medir las consecuencias posibles de sus actos. Muchos accidentes de tráfico han costado la vida á peatones o pasajeros conducidos por tales funcionarios dependientes de entes autónomos del Derecho público, sin que sus víctimas hayan podido alimentar la mejor esperanza de verse indemnizados, dado lo dispuesto por el art. 17 de la Constitución del 40 según el cual: **Todas las autoridades superiores, funcionarios y empleados públicos son responsables individualmente por las faltas y delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad indirecta del Estado, que podrá ser establecida en la ley.**

Nadie sabe en qué puede consistir la **responsabilidad indirecta** del Estado, a menos de estimar como la de un fiador civil con derecho a negar su responsabilidad sin la previa excusión de los bienes del deudor principal. Siendo así, la víctima de un accidente de tráfico que le ha inutilizado definitivamente para todo trabajo útil, o los herederos de un padre de familia muerto en la vía pública, privados del sustento para su subsistencia, deben primero promover un juicio ordinario de responsabilidad contra el causante directo del daño que puede durar años, con el agravamiento de no encontrar bienes del funcionario en que hacer efectiva su responsabilidad, y luego demandar segunda vez al Estado para hacer efectiva su responsabilidad indirecta. Bien se ve que los compiladores de esa Constitución estaba ayunos de la doctrina civil moderna relativa a la responsabilidad de los entes autónomos del Derecho público, el primero de los cuales es el propio Estado, tal como la dejamos explicada en nuestra nota al art. 86. El Estado debe actuar como una caja de seguros que, al indemnizar a la víctima de los desafueros de uno de sus funcicnarios, hace efectiva la responsabilidad individual de éstos mediante su acción regresiva contra él, al mismo tiempo que garantiza a todos los habitantes del país la obtención pronta y eficaz reparación con los fondos públicos de que dispone. Esa indemnización hecha efectiva se diluye o pulveriza pecuniariamente a cargo de todos los contribuyentes, sin que la nación sufra por ello, ni se desequilibre el Presupuesto general de gastos.

La salvedad relativa a la procedencia de la responsabilidad directa del Estado o de los entes de Derecho público, limitada al caso de haber el lesionado hecho todo los posible para evitar el daño por el ejercicio de una vía legal expedita, reduce el ámbito de aplicación de nuestro artículo, tal como lo estatuye el **in fine** del art. 839 del Código Civil alemán.

Art. 2498 — El que bajo su dependencia tiene a otro en calidad de empleado, obrero, o criado, es civilmente responsable del acto ilícito con que éste ha dañado a tercero, en desempeño de sus funciones o tareas, dentro de los límites y objeto aparente de su empleo.

Si no fuese posible determinar con certidumbre si el acto ilícito fue causado por caso fortuito, o por culpa o con intención del subordinado, el patrón responderá del daño, salvo el caso de que justificara haber observado el cuidado exigido por el uso y las circunstancias, en la elección de su empleado o de la máquinas y utensilios de que éste se servía en el trabajo o dirección de la tarea encomendadale. Tampoco responderá si el daño se hubiera ocasionado no obstante ese cuidado.

Ver: arts. 1415 del Anteproyecto de Bibiloni; 889 del Proyecto argentino de 1936, por los que el art. 1113 del argentino queda substituído. En la larga nota de Bibiloni al art. 1415 de su Anteproyecto, se citan, como fuentes, los arts. 831 del C. alemán y 55 del C. Federal suizo de las Obligaciones. Consagran análogo principio los arts. 144 del C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 188 del Código Civil de la República de China; 1521 inc. III) y 1522 C. brasileño; 2380 C portugués; 1903 C. español; 2322 C. chileno; 2349 C. colombiano; 2341 C. ecuatoriano; 2073 C. de la República del Salvador; 1324 C. uruguayo; 2049 C. italiano; 1191 C. venezolano; 1144 C. peruano; 968 C. boliviano; 2296 C. de Luisiana; 3665 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 2277 in fine y 2279 C. guatemalteco; 1924 C. mexicano; 1048 parágrafo 3º C. costarricense; 2512 in fine C. nicaraguense; 2237 parág. 4º C. hondureño; 1384 C. de la República Dominicana; 80 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y de los contratos; De Gásperi, t. II, Ns. 1400 al 1418, pág. 621 y ss.; y nota de Bibiloni al art. 1415 de su Anteproyecto (t. II, pág. 252, edición Kraft).

Art. 2499 — El padre, y por su muerte, ausencia o incapacidad, la madre, o, en su caso el que de ellos tuviese la guarda, son responsables de los daños causados por los hijos menores que habitan con ellos.

Los tutores y los curadores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapaces que están a su cargo y habitan con ellos.

Los directores de colegio, y los artesanos, son responsables de los daños causados por sus alumnos o aprendices, menores de edad, mientra permanezcan bajo su custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará si las personas en él mencionadas prueban que no pudieron prevenir el daño con la autoridad que su calidad les confería, y el cuidado que era de su deber emplear. Cesará también cuando los incapaces hubieran sido puestos bajo la vigilancia y autoridad de otra persona; caso en el cual, la responsabilidad será de cargo de ella.

Ver: arts. 1114 y 1117 C. argentino; Aubry y Rau, t. VI, parág. 447, texto y notas 1 a 13, pág. 375 a 379, 5ª edición; 843 y 3666 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 1521 incs.) 1) y II) y 1523 C. brasileño; 1384 C. francés; 2297 y 2298 C. de Luisiana; 1903 C. español; 2377 y 2379 C. portugués; 2048 C. italiano; 382 C. alemán; 333 C. Civil suizo; 142 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 79 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 2320 C. chileno; 2347 C. colombiano; 2339 C. ecuatoriano; 2072 C. de la República del Salvador; 1324 C. uruguayo; 1190 C. venezolano; 968 C. boliviano; 1142 C. peruano; 2277 C guatemalteco; 1919 y 1922 C. mexicano; 1047 C. costarricense; 2511 C. nicaraguense; 2237 C. hondureño; 1984 C. de la República Dominicana; 79 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1416 del Anteproyecto de Bibiloni; 890 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Ns. 1419, 1422 y 1423, págs. 638 a 641; y nota de Bibiloni al art. 1416 de su Anteproyecto, t. II, 260, edición Kraft.

Art. 2500 — El jefe de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados a terceros, por cosas arrojadas a la calle, o a un predio ajeno, o en predio propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o que cayeran de aquélla.

Si fueren dos o más los que como principales habitan la casa, y se ignorase de qué parte proviene el daño, no quedarán ellos solidariamente obligados por indemnización, y sólo responderán en proporción a su parte. Si se conociese de qué habitación provino el perjuicio, sólo responderá el principal al cual corresponda.

No quedan exentos de responsabilidad aunque probasen que les fue imposible evitar el daño, a menos que éste resultase de fuerza mayor.

Ver: arts. 1119 — C. argentino; 1529 C. brasileño; 2328 C. chileno; 2355 C. colombiano; 2347 C. ecuatoriano; 2079 C. de la República del Salvador; 1330 C. uruguayo; 2282 C. guatemalteco; 1417 del Anteproyecto de Bibiloni y 891 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2501 — Las personas damnificadas por los dependientes o criados, dos, pueden perseguir directamente ante los tribunales civiles a los que son civilmente responsables del daño, sin estar obligados a llevar a juicio a los autores del hecho. El que pagare el daño causado por sus dependientes o criados, puede repetir lo que hubiere pagado, del dependiente o criado que lo causó por su culpa o designio.

Ver: arts. 1122 y 1123 C. argentino; Aubry y Rau, t. III, parág. 447, texto y nota 39, pág. 556, 3ª edición; y t. VI, parág. 447, texto y notas 45 bis y 45 ter, pág. 418, 5ª edición; y Goyena, art. 1905; 1418 del Anteproyecto de Bibiloni 892 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Ns. 1399, pág. 620.

CAPITULO V

De los daños causados por animales

Art. 2502 — El poseedor de un animal o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que el animal causare bajo su poder, aunque se le escape o extravíe. Si el animal fue excitado por un tercero será de éste, exclusivamente, la responsabilidad. Esta no cesa porque el daño que el animal hubiere causado, no estuviese en los hábitos de los seres de su especie, o porque en el momento de ocasionarlo se hallase bajo la guarda de los empleados del poseedor o tenedor.

Ver: arts. 1124, 1125 y 1126 C. argentino; 1385 C. francés; 1404 C. holandés; 1320 C. austríaco; 3684 a 3686 del Esboço de T. de Freitas; 2052 C. italiano; 1905 C. español; 2394 C. portugués; 1527 C. brasileño; 56 C. Federal suizo de las Obligaciones; 833 C. alemán; 148 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 81 del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 190 C. Civil de la República de China; 2326 y 2327 C. chileno; 2353 y 2354 C. colombiano; 2345 y 2346 C. ecuatoriano; 2077 y 2078 de la República del Salvador; 1328 y 1329 C. uruguayo; 1192 C. venezolano; 969 C. boliviano; 2278 y 2279 C. guatemalteco; 1929 y 1930 C. mexicano; 1145 C. peruano; 2513 C. nicaragüense; 2239 C. hondureño; 1385 C. de la República Dominicana; 1419 del Anteproyecto de Bibiloni; 893 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2503 — Cesa la responsabilidad del poseedor cuando el animal que causó el daño se hubiese soltado o extraviado sin su culpa ni la del encargado de guardarlo, o si el perjuicio proviniese de fuerza mayor, o de culpa imputable al damnificado.

Ver: arts. 1127 y 1128 C. argentino; 3685 Nº 2, inc. 2 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 448, texto y notas 9 y 9 ter, pág. 429, 5ª edición; 1420 del Anteproyecto de Bibiloni; 894 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1449 y 1450, pág. 683.

Art. 2504 — El tenedor tiene recurso contra el poseedor del animal si el daño ha sobrevenido por una calidad o vicio que el poseedor con cuidado o prudencia medianos hubiese debido conocer o prever y de que no le dió conocimiento al primero.

Ver: arts. 2326 segunda parte C. chileno; 2353 segunda parte C. colombiano; 2345 segunda parte C. ecuatoriano; 2077 segunda parte C. de la República del Salvador; 3687 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 2505 — El daño causado por animal feroz, del que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, aunque no le hubiese sido posible evitar el daño, y aunque el animal se hubiese soltado sin culpa de los que lo guardan.

Ver: arts. 1129 C. argentino; 2327 C. chileno; 2354 C. colombiano; 2346 C. ecuatoriano; 2078 C. de la República del Salvador; 1329 C. uruguayo; 1422 del Anteproyecto de Bibiloni; 896 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, Nº 1451, pág. 683.

Art. 2506 — Será indemnizado el daño causado por un animal a otro, sólo cuando el ofensor provocó al ofendido.

Ver arts. 1130 in fine C. argentino; 3688 del Esboço de T. de Freitas; 1423 del Anteproyecto de Bibiloni; 897 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO VI

Del daño causado por cosas inanimadas

Art. 2507 — Los vecinos de un edificio que amenace ruina, no pueden pedir al dueño de éste garantía alguna por el perjuicio eventual que la ruina podría causarles.

Ver: arts. 1132 del C. argentino; 3695 del Esboço de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. VI, parág. 448, texto y nota 17, pág. 437, 5ª edición; 1424 del Anteproyecto de Bibiloni; 898 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, nº 1454, pág. 685.

Art. 2508 — Cuando de cualquier cosa inaminada resultara daño a alguno, su dueño responderá de la indemnización, como en los casos siguientes:

1º — Explosión de máquinas, o inflamación de substancias explosivas;

2º — Caída de edificios o de otras obras, aunque sean causadas por defecto de construcción;

3º — Caída de árboles expuestos a caer por casos ordinarios;

4º — Humareda excesiva de horno, fragua, etc., sobre las casas vecinas;

5º — Exhalaciones de cloacas o depósitos infestantes, causadas por la construcción de éstas, sin las precauciones necesarias;

6º — Humedad en las paredes contiguas, por causas evitables;

7º — Atajos de los ríos, para servicio de las heredades propias;

8º — Obras nuevas de cualquiera especie, aunque sea en lugar publico y con licencia, si causaren perjuicio.

Ver: arts. 1133 C. argentino; 3690 del Esboço de T. de Freitas; 1425 del Anteproyecto de Bibiloni; 899 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, nº 1457, pág. 687. Omitimos reproducir el art. 1134 del C. argentino, porque a estar a este precepto, la indemnización del daño sólo es debida si el damnificado prueba que hubo negligencia de parte del dueño del edificio en ruina, lo que no hace falta desde que el estado ruinoso del edificio ecusa al dueño de negligencia.

Art. 2509 — Si la construcción en ruina estaba arrendada o dada en usufructo, el perjudicado sólo tendrá derecho contra el dueño de ella. Si perteneciese a varios condóminos indivisos, la indemnización debe hacerla cada uno de ellos, según las partes que tuviese en la propiedad.

Ver: arts. 1135 C. argentino; 3694 del Esboço de T. de Freitas; 1426 del Anteproyecto de Bibiloni; 900 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, nº 1456, pág. 687.

Art. 2510 — La indemnización del daño puede ser demandada como accesoria de las denuncias de obras nuevas, acabadas o no acabadas.

Ver: arts. 1136 C. argentino; 3696 del Esboço de T. de Freitas; 1427 del Anteproyecto de Bibiloni; 901 del Proyecto argentino de 1936; De Gásperi, t. II, nº 1458, pág. 688.

CAPITULO VII

De la responsabilidad por los perjuicios resultantes del empleo de fuerzas naturales

Art. 2511 — Los propietarios de empresas o establecimientos movidos por fuerzas naturales (vapor, gas, electricidad, agua, etc.) y de aquellos en que se fabrican o emplean materias explosivas, son responsables del perjuicio causado a la persona o a los bienes de otra a consecuencia del funcionamiento de la empresa o del establecimiento. Esta responsabilidad cesa si ellas prueban que el perjuicio ha sido ocasionado por culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, de cuyos hechos la empresa o el establecimiento no es responsable, o bien que el daño es debido a fuerza mayor.

Ver: arts. 152 C. de las Obligaciones de la República de Polonia; 1924 C. mexicano; 82 parág. 1º del Proyecto ítalo francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1º y 2º de la Ley paraguaya nº 926 del 7 de setiembre de 1927; 1º de la Ley argentina nº 9688, sancionada el 29 de setiembre de 1915 y promulgada a 11 de octubre del mismo año, ampliada y modificada por las leyes 12.631 y 12.647 y por el Decreto nº 10.135 aprobado por Ley Nº 12921 (ver: Alejandro M. Unsain, Ordenamiento de las Leyes Obreras Argentinas, pág. 89, edición Losada, 1947).

El presente artículo, apógrafo del art. 152 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia, consagra el principio de la responsabilidad fundada en el riesgo, ya admitida por la Ley paraguaya nº 926, trasiego de la Ley argentina nº 9688, con escasas modificaciones.

Acaso no sea éste el sitio propio para exponer la **teoría del riesgo** o de la **responsabilidad objetiva** que, desde su admisión jurisprudencial en la segunda mitad del siglo XIX en materia de accidentes ferroviarios; de incendios provocados por chispas escapadas de una locomotora; por daños causados con el humo de una usina, en todos los cuales fueron condenadas las compañías a responder del daño a pesar de la excusa de no haber incurrido en culpa y de haber observado todas las precauciones para evitar el daño; y posteriormente, desde su fundamentación doctrinal por Metaja en Alemania; por Orlando en Italia; por Josserand, Saleilles, Geny, León Michel, Teisseire, Beudant y Capitant, Massigli, Demogue etc., en Francia, según los cuales toda actividad que implica un riesgo, expone a herir intereses que debe ser indemnizado a la víctima, eximida de la carga de la prueba de la culpa del que crea el riesgo, ha ganado considerable terreno en la legislación civil, a favor de leyes especiales, como las leyes francesas del 11 de febrero de 1892; del 9 de abril de 1898; del 30 de junio de 1899; del 22 de marzo de 1902; del 31 de marzo de 1905; del 12 de abril de 1906; del 18 de julio de 1907; del 15 de julio de 1914; del 25 de noviembre de 1916; del 25 de octubre de 1919; del 15 de diciembre de 1922; del 2 de agosto de 1923, todas inspiradas en el principio del **riesgo profesional** enunciado por Félix Faure en 1882 (ver: Gaudemet, **Théorie Générale des Obligations**, pág. 296 y 337 y ss.).

Ocioso es decir que estas leyes son el antecedente inmediato de la Ley argentina nº 9688 y de la Ley paraguaya nº 926, demasiado frondosas para ser íntegramente reproducidas en el presente Código, además del evidente envejecimiento de la última, muchas de cuyas disposiciones, como la que fija en cincuenta mil **pesos de curso legal** (art. 9) la indemnización máxima por accidentes del trabajo, reducida, como ha quedado por la reforma monetaria de 1943, a ₲s. 500:00, pide una inmediata reforma. En igual medida su art. 13 por el que se establece que el salario diario no se considerará nunca menor de **quince pesos**, es hoy una suma irrisoria de céntimos por la paridad del guaraní con el **peso fuerte de curso** legal anterior.

Si el fundamento de la teoría del riesgo es, como su nombre lo dice, la contingencia o proximidad de un daño, no se comprende que la ley protectora del obrero empleado en trabajos peligrosos, extienda sus efectos a labores no ocasionadas a la inminencia del daño, como son las de la agricultura, la ganadería, canteras, construcción, conservación y reparación de edificios.

La admisión del riesgo, como fundamento de la responsabilidad de la empresa, es una concesión hecha a despecho de la idea de **culpa** que históricamente no pudo ser desalojada de su dominio en el Derecho civil sino bajo la presión de los cambios radicales que las condiciones del trabajo y la seguridad de la vida han experimentado con la aparición de la gran industria a mediados del siglo pasado. "Sin duda, dice Josserand, la responsabilidad objetiva no destronará jamás completamente, a la responsabilidad subjetiva. No es deseable, agrega, que la noción del riesgo suplante a la de la culpa". (autor cit. **Cours de Droit Civil Positif Francais**, t. II, pág. 201).

Tal es la razón por la cual, traída la noción del **riesgo** a un Código estructurado sobre la noción romana de **culpa**, como fundamento de la responsabilidad por los actos ilícitos, debe ser encerrada en una fórmula concreta que permita reducir el campo de su aplicación a sólo a aquellas actividades que por estar movidas por fuerzas naturales, como el vapor, el gas, la electricidad, el agua etc., son, en cierta medida, incontrolables en el peligro que, en un momento dado, pueden ofrecer a las personas que las dirigen. Dejamos el estudio de las doctrinas favorables y adversas de la teoría del riesgo a los tratados (ver: H. y León Mazeaud, t. I, ns. 336 a 365, pág. 408; Demogue, t. III, ns. 269 a 301, pág. 449 y ss.; Savatier, t. ns. 274 a 282, pág. 355 y ss.; Saleilles, **Etude sur la Théorie Générale de L'Obligation**, nº 312, nota 1, pág. 376; Esmein in Planiol y Ripert, t. VI, ns. 478 a 483, pág. 661 etc.).

Los menudos detalles de la aplicación del principio, quedan reservados a las leyes reglamentarias.

Art. 2512 — La responsabilidad prescripta por el artículo anterior incumbe igualmente a los propietarios de vehículos mecánicos de transporte movidos por fuerzas naturales.

Siempre que el vehículo mecánico de transporte haya sido dado en comodato a otra persona, para usarlo por su propia cuenta y riesgo, o si el propietario ha sido privado de la facultad de disponer de él por hecho ilícito de un tercero, el que tenga el poder de disponer del vehículo de transporte es, en lugar del propietario, responsable del perjuicio causado

---

Ver: art. 153 del Código de las Obligaciones de la República de Polonia; 82 parág. 1º del Proyecto ítalo-francés del C. de las Obligaciones y los contratos; 1993, 1996, 2001, 1521, 1523, 1524 y 1535 de este Código.

Art. 2513 — En caso de colisión de vehículos mecánicos de transporte, las personas que, a tenor del artículo anterior, son responsables, no pueden demandarse recíprocamente por reparación de los perjuicios derivados de la colisión sino conforme con los principios generales.

En caso de perjuicios causados a las personas transportadas por complacencia, las personas obligadas en los términos de los artículos precedentes no responden sino conforme con los principios generales.

Ver: art. 154 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 2514 — Es nula toda convención por la que se suprima o limite por anticipado la responsabilidad establecida por los artículos precedentes.

Ver: art. 155 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

Art. 2515 — Las disposiciones del presente Capítulo no se aplican

cuando disposiciones de leyes especiales disciplinan la responsabilidad emergente de los accidentes producidos por el funcionamiento de empresas y establecimientos, como también por los vehículos mecánicos de transporte.

Ver: art. 156 C. de las Obligaciones de la República de Polonia.

LIBRO TERCERO

DE LOS DERECHOS SOBRE LAS COSAS

TITULO I

DE LA POSESION

Sección Primera

CAPITULO I

Disposiciones generales

Art. 2516. — Poseedor es aquél que de hecho tiene sobre una cosa el señorío o sea el ejercicio, pleno o no, de los poderes inherentes al dominio, o propiedad.

El acuerdo de voluntades del antiguo poseedor y del adquirente basta para la adquisición de la posesión, cuando éste se halla por la tradición, en situación de ejercer sus poderes sobre la cosa.

Ver: arts. 854 C. alemán; 919 C. Civil suizo; 485 C. brasileño; 824 C. peruano; 790 C. mexicano; 1140 C. italiano; 771 C. venezolano; 277 C. costarricense; 1715 C. nicaraguense; 2309 del Anteproyecto de Bibiloni; 1403 del Proyecto argentino de 1963.

Ha de bastar la mera lectura del presente artículo, para comprender que abandonamos la **teoría subjetiva** de la posesión, de Savigny, en que se inspiran los arts. 2351, 2373, 2374, etc., del Código argentino; 3393 del C. de Luisiana, 2230 C. francés; 700 C. chileno; 762 C. colombiano; 732 C. ecuatoriano; 717 C. hondureño; 646 C. uruguayo; 471 C. guatemalteco; 430 segunda parte C. español; 745 C. de la República del Salvador, y que optamos por la **teoría objetiva** de Ihering, caracterizada fundamentalmente por la reducción del concepto jurídico de la posesión a sólo el señorío efectivo o de hecho sobre la cosa (**diethatsächliche Gewalt**, del Derecho alemán y del suizo), y el desvanecimiento consiguiente de toda distinción entre **posesión** y **detentación**, que según el Derecho romano (L. 18, pr. **de poss.**) son nociones formalmente diferentes, caracterizada la primera por el **animus possidenti sibi habendi**, sumada a la detención física de la cosa, (**corpore et animo: neque per se animo, aút per se corpore**, L. 3 parág. 1), y la segunda por la falta del **animus domine**, de suerte que siendo así el detentador no es poseedor, limitado, como está, a prestar el servicio de poseer a nombre de otro (ver: Savigny, **Traité de La Possession en Detroit Romain**, pág. 92, 7ª edición). Viene de aquí que quien posea a nombre de otro, como el locatario, el depositario, el comodatario, el mandatario, el tutor, etc., o el que tenga una posesión derivada, como el acreedor prendario, o una **juris possessio**, como el usufructuario, el usuario, no disponga del derecho de ejercer los interdictos, (ver: Molitor, **La Possession, La Revendication, La Publicienne et Les Servitudes en Detroit Romain**, Nº 39, pág. 84, 2ª edición). En la **teoría objetiva** por el contrario, aún la posesión del ladrón, que se sabe viciosa, es protegida, salvo prueba en contrario.

Los alemanes, enseña Lehr, sin descuidar ni desconocer el elemento del **animus domini**, se preocuparon menos exclusivamente del poder absoluto del propietario y tomaron en cuenta el poder relativo que, fuera de toda pretensión a la propiedad de la cosa, se manifestaba en el simple hecho de tener la cosa entre manos. Por consiguiente, admitieron que éste pudiese poseer, porque tenía la **Gewere**, expresión de un poder absoluto o simplemente parcial sobre la cosa, la cual, aún no implicando una pretensión a la propiedad, era reconocida como un estado de hecho, digno de protección jurídica. El que poseía la Gewere reconocía, en realidad, que otro era el propietario de la cosa, en perfecta contradicción con el Derecho romano según el cual quien, en tales condiciones se hallase en relación con la cosa, descendería al rango de simple detentador, (ver autor cit. **Traité Elémentaire de Droit Civil Germanique**, t. I, Nº 236, pág. 143).

La **Gewere (besittinge)**, del derecho medieval alemán es, dice Wolff, al igual que el hecho de la posesión en el moderno derecho, y por lo regular, un puro señorío de hecho sobre la cosa. El derecho alemán no distingue entre posesión jurídica y detentación: tiene también "**Gewere**" el que carezca de **animus dominantis**. (autor cit. Derecho de Cosas, vol. I, parág. 4, pág. 21, versión castellana de Pérez González y Alguer).

Explícase así que viniendo Ihering en el siglo pasado a tratar de la posesión, haya impugnado radicalmente la doctrina de Savigny al punto de tenerla por totalmente falsa y opuesto la suya propia, a la que dió el nombre de **teoría objetiva**, según la cual para demostrar que hay posesión basta evidenciar la existencia exterior de la relación posesoria (**el corpus**), que, como tal, implica el **animus**, incumbiendo al adversario patentizar la existencia del motivo especial de exclusión de la posesión; como, si se trata de **tenencia absoluta**, la la circunstancia de que la cosa no es suceptible de ser poseída, y si se trata de tenencia relativa, la existencia de una de las **causae detentionis**, tan conocidas del derecho romano.

"Para la cuestión de si hay posesión o tenencia, —agrega— la calificación particular de la voluntad de poseer nada importa (autor cit. La Voluntad en la Posesión, pág. 22, versión castellana de Adolfo Posada). Para Ihering el fundamento de la protección posesoria es la utilización económica de la propiedad (**Possession. — Théorie simplifiée et mise a la portée de tout le monde**, 1890, **in Oeuvres Choisies**, t. II, pág. 216, versión francesa de Meulenaere).

Omitimos tratar de otros detalles de la teoría objetiva por parecernos impropio de esta apostilla pretender resumirlos, cuando su exposición requiere un volumen.

Aquellos que quieran penetrar su esencia podrían empezar por leer el Cap. XIII de **La Voluntad en la Po-**

sesión, en el que explicando Ihering el animus possidentis de Pablo, sobre que descansa la teoría de Savigny, evidencia que ese animus presentado como condición de la posesión, no tiene el valor de un principio de derecho, sino que es sólo un punto de vista constructivo; y en cuanto a la personalidad de Pablo, como jurista, demuestra que, por los errores en que incurrió, estuvo lejos de ser el reformador que pretendía ser. Si un jurista actual, dice, a propósito de Pablo, diera un ejemplo semejante de irreflexión, incurriría con justicia en la burla y en el desprecio (ver opus cit. pág. 229).

Dejando, pues, al lector en la tarea de leer las diversas obras que Ihering consagró a esta materia, tratemos de explicar el sentido y alcance de la idea de señorío sobre la cosa, versión aproximada a la frase **thatsachliche Gewal** del art. 854 del Código alemán, o **thatsachliche Herrschaft**, empleada por Cosack, y correspondiente a su vez a la idea de potestad material que los franceses llaman **maitritese de fait.**

La palabra alemana **Gewal** fue empleada por los compiladores del Código del Imperio para connotar la idea de una potestad de hecho, efectiva y real, de tal índole, dice Saleilles, que exteriorizara y constituyera un señorío personal, un derecho de dirección y de ordenación o, para emplear la frase más apropiada, un grado de independencia que sirviera por sí mismo para indicar como dueño de la cosa al poseedor. Es un concepto social de la posesión, resultante de la estimación que, de tal señorío, haga el común de las gentes, por oposición a la idea de **Inhabung** o sea de la mera detentación.

Fundado Saleilles en el parágrafo 2º del art. 854 del C. alemán, reproducido literalmente en nuestro art. 2516, enseña que "el señorío no es el resultado de un contacto externo no realizado aún, sino de la convención, que permite que ese señorío pueda efectuarse y que contribuye a su realización". Según indica la Comisión redactora del citado Código en su Exposición de Motivos, la disposición contenida en el parágrafo que nos ocupa fue consignada para facilitar la adquisición de la posesión de los inmuebles. Prácticamente bastaría que el vendedor autorizase al comprador de un inmueble a tomar la posesión de la cosa, para que ésta quede transferida, como por la tradición del presente Código, siquiera Saleilles se resista a llamarla tradición.

Como se ve, también en este punto el Código alemán rectifica la noción romana de la posesión, condicionada, según Savigny, a la presencia material sobre el inmueble, sin que sea menester realizar un acto cualquiera, la cual bien puede ser suplida por una ficción jurídica consistente en tomar la posesión mediante la vista, aunque el objeto esté lejos. (autor y opus cits. parág. 15, pág. 187).

No debe creerse que la segunda parte de nuestro artículo entraña la idea de una tradición aparente, una posesión ficticia, por derogación de lo estatuído en la primera, sino antes al contrario, complemento de ella en cuanto por su aplicación la potestad de hecho lo mismo se ejerce materialmente que cuando es posible y se está dispuesto a ejercerla, por un lado, mediante el concierto previo de voluntades de los dos interesados, y por otra parte, sobre todo, mediante la posibilidad física de actuarla. Aun cuando varíen los factores constitutivos del señorío, la naturaleza de éste es siempre la misma. (ver: autor cit. La Posesión de Bienes Muebles, Nº 11, pág. 44 y siguientes; versión castellana de Castán Tobeñas; **Code Civil Allemand**, t. II, nota al art. 854, de la versión francesa de Bufnoir, Cazelles, Challamel, Drioux, Gény, Hamel, Lévy-Ullmann y Saleilles, pág. 440; Wolff, opus cit. parág. 5, pág. 29 y ss.; Windscheid, **Diritto delle Pandette**, t. I, parág. 148, nota 1, pág. 507 (siquiera influído por la doctrina de Savigny); Van Wetter, **Pandectes**, t. I, parág. 142, pág. 422 (también influído por Savigny); Wieland, **Les Droits Réels dans le Code Civil Suisse**, notas al art. 919, pág. 355; Curti-Forrer, **Comentaire du Code Civil Suisse**, notas al art. 919, pág. 642; Bevilaqua, **Codigo Civil Commentado**, t. III, notas 3 y 4, pág. 10).

El art. 919 del Código Civil suizo estatuye expresamente que en materia de servidumbres la posesión consiste en el ejercicio efectivo del derecho.

Dependiendo de la opinión del común de las gentes que una persona sea estimada como poseedora de una cosa, sabe a ociosidad agregar al artículo en examen lo dispuesto por el art. 2384 del Código argentino, según el cual: "**Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ella se haga, y en general, su ocupación de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes**", tal como Bibiloni lo reprodujo en la segunda parte del art. 2309 de su Anteproyecto, porque fuera de que una enumeración legal de los actos posesorios contradice la esencia de la doctrina civil inspiradora del art. 854 del C. alemán, adoptada por el parágrafo 1º del art. 2309 del mismo Anteproyecto, no tiene otro antecedente que el art. 3281 del **Esboço** de T. de Freitas, cuya inexactitud fue puesta en evidencia por Segovia (ver autor y opus cit. t. II, nota 54, pág. 27, primera edición).

Encontrándola desubicada, la Comisión argentina de Reformas del Código, la trasladó al art. 1418 de su Proyecto.

Art. 2517. — Si alguno ejerciese el poder de hecho sobre una cosa en provecho de otro, en razón del oficio que desempeña en su casa o en su industria, o en razón de toda otra situación del mismo género que le obligue a cumplir las instrucciones recibidas de él respecto de la cosa, no se le considerará poseedor.

Ver: arts. 855 C. alemán; 487 C. brasileño; 793 C. mexicano; 1404 del Proyecto argentino de 1936.

El Código Civil suizo no registra un precepto análogo, pero sus intérpretes lo admiten, como una restricción del principio según el cual la posesión y la protección posesoria se hallan reunidas en cabeza del que tiene el poder de hecho sobre la cosa (Maulenaere, **Code Civil Allemand**, pág. 230; Wieland, opus cit. pág. 362; Curti-Forrer, opus cit. nota 2 al art. 919 del Código Civil suizo).

El art. 855 del C. alemán fue agregado por la Segunda Comisión a iniciativa del Ministro de Justicia de Prusia para disipar los errores o equivocaciones a que la redacción del primer proyecto dió lugar al proteger al simple detentador (**Inhaber**) aun contra aquél por cuya cuenta detenía la cosa. Siendo así, el presente artículo no modifica lo dispuesto en el anterior, antes al contrario lo completa y explica al indicar el caso excepcional en que el que ejerce el poder de hecho no tiene la posesión.

Los alemanes distinguen así el servidor de la posesión (**Besitzdiener**) del que se halla investido del señorío sobre la cosa, o sea del amo (**Besitzherr**), porque como enseña Saleilles "es verdaderamente imposible que sea tratado de la misma manera quien no ha tenido iniciativa alguna personal respecto a la detentación de la cosa, ni le liga con ella interés alguno propio, ni tiene con ella otra relación material que la que le otorga el verdadero poseedor. Frente a un detentador de esta clase, que no sólo es detentador por otro, sino instrumento de posesión por otro, es lícito que el poseedor le obligue a devolverle la cosa que detenta, empleando para ello la fuerza si fuere preciso. Estos procedimientos serían inadmisibles aun respecto al depositario o al mandatario normal, puesto que éstos cabe que ejerzan acciones contra el propietario o, en términos más generales, como por ejemplo, la acción para cobrar impensas que les confiere un derecho de retención".

Viene de aquí que Planck haya enseñado que nuestro artículo no excluye la idea de posesión a los detentadores subordinados, formulando así como una excepción al art. 854 del C. alemán. (ver Saleilles, opus cit. pág. 43 y ss.).

Art. 2518. — Si alguno poseyere una cosa en calidad de usufructuario, de acreedor prendario, arrendatario, locatario, depositario o que por un título análogo tenga derecho u obligación de poseer temporariamente, será

igualmente poseedor (posesión mediata). El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria. Los otros tienen una posesión derivada que no anula a la que le da origen.

Ver: arts. 868 C. alemán; 485 C. brasileño; 920 C. Civil suizo; 825 C. peruano; 791 C. mexicano; 1403 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.
A diferencia del servidor o del obrero que, desde el punto de vista económico, no son sino instrumentos de la posesión de su patrón, los que detienen temporariamente la cosa en razón de una obligación particular, o en virtud de un derecho propio son verdaderos poseedores y como tales facultados a defender su posesión por los diversos medios establecidos por la ley.
A los casos de posesión derivada o indirecta enumerados en nestro artículo, cabe agregar el comodatario, el encargado del transporte de una cosa, los directores de una sociedad, el administrador judicial o testamentario, el marido administrador convencional de la comunidad de bienes constituída por capitulaciones matrimoniales de nuestro derecho, los progenitores en ejercicio de la patria potestad, etc. (Endemann, in Bevilaqua, t. III, pág. 12).
El presente artículo, por el que se inviste de la calidad de poseedor al que, por limitado y provisional que sea su actual señorío sobre la cosa, (poseedor mediato), lo ejerce con carácter de independencia propia, cualquiera sea el grado y el carácter de esta independencia, permite distinguir su posesión de la detentación subordinada, caracterizada por la falta de toda iniciativa personal e independencia en la relación de hecho con la cosa, reducida así a ser un medio de realización de la posesión de otro. Saleilles, opus cit. Nº 15, pág. 57).
Bufnoir y demás traductores franceses del Código alemán enseñan que para que se de la posesión mediata se requiere:
1º) Que la cosa se halle en la posesión inmediata de otra persona, la cual puede ser dividida o común, recaer sobre la cosa entera o sólo sobre una parte de ella. El poseedor puede ser poseedor mediato de una parte y poseedor inmediato de la otra parte.
2º) Que exista una cierta relación jurídica entre ambos poseedores. Es así como el propietario que ejerce por sí mismo la posesión de una cosa no puede proporcionar a otro una posesión mediata. Del mismo modo, el ladrón, el encubridor no poseen por otro. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 453).

Art. 2519. — La posesión mediata puede ser transferida a un tercero, por medio de la cesión del derecho a la restitución de la cosa.

Ver: arts. 870 C. alemán; 2312 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni y 1422 del Proyecto argentino de 1936.
El presente artículo permite la transferencia de la posesión mediata por una simple convención entre el antiguo y el nuevo poseedor mediato, sin la intervención del poseedor inmediato, como fue esbozado en el primer proyecto del Código alemán.
Sólo se requiere que por la convención se estipule la cesión del derecho a la restitución de la cosa.
Bibiloni cita los arts. 2387 y 2386 del Código argentino, como concordantes del presente artículo. Nosotros entendemos que no hay concordancia alguna entre ellos.

Art. 2520. — La posesión termina por renuncia del poseedor a su poder de hecho sobre la cosa, o si lo pierde de otra manera.

Un obstáculo temporario al ejercicio del poder de hecho no extingue la posesión.

Ver: arts. 856 C. alemán; 520 C. brasileño; 921 del Código Civil suizo; 826 C. peruano; 482 C. portugués; 460 C. español; 347 C. austriaco; 2451 a 2459 C. argentino; 3411 y 3412 C. de Luisiana; 655 C. uruguayo; 823 y 829 C. mexicano; 726, 727, 728, 729 C. chileno; 787 a 790 C. colombiano; 758 a 761 C. ecuatoriano; 486 C. guatemalteco; 1783 y 1784 C. nicaragüense; 742 y 743 C. hondureño; 764 y 765 C. de la República del Salvador; 4061 Nº 4; 4063 inc. 1º; 4061 Nº 5; 4064 inc. 1º; y 4066 del Esboço de T. de Freitas; 2317 a 2320 del Anteproyecto de Bibiloni; 1425 del Proyecto argentino de 1936.
Hemos preferido la fórmula general del art. 856 del Código alemán, por el que se contemplan dos modos de perder la posesión: 1º por voluntad del poseedor; y 2º sin voluntad del poseedor, a una enumeración taxativa de casos de pérdida de la posesión, extraídos de la casuística francesa por una parte y del Esboço de T. de Freitas, y correlativos a los modos de adquirirla, tal como Savigny lo explica, sea por la pérdida del factum solo, o del animus solo, desde el parágrafo 29 al 32, pág. 299 a 332 de su Traité de La Possession (7ª edición).
Como el Código alemán no condiciona la posesión al animus, se explica que nuestro artículo estatuya que la renuncia del poseedor a su poder de hecho sobre la cosa ponga fin a su posesión, porque el abandono, que él haga es un acto voluntario, connotativo de la intención de renunciar a la posesión o de ponerle fin. Siendo así, no bastará la simple declaración de que se renuncia al poder de hecho, si ella no va seguida del abandono o dejación de la posesión. Así también opinaba Savigny (opus cit. pág. 329). La tradición hecha por una simple renuncia del radente, aunque escrita, pero no seguida de la transferencia de hecho de la posesión al adquirente, no pondría fin a la posesión.
Tampoco pondría fin a la posesión la pérdida de la memoria del poseedor o su interdicción por perturbación mental, porque ambos hechos son accidentales y no traducen la dejación del poder de hecho o señorío sobre la cosa.
La renuncia se halla contemplada por el art. 2454 del Código argentino, entendida por tal la que se traduce en el abandono voluntario de la cosa con intención de no poseerla en adelante.
La pérdida de la posesión sin voluntad del poseedor puede ocurrir en diversos casos que no sean obstáculos temporarios al ejercicio de ella, como si el lugar en que la cosa se encuentra viene a ser inaccesible, o si la cosa cayese al mar, o sea por su pérdida sin esperanza de encontrarla, o por su destrucción irreparable, o por ser puesta fuera del comercio (arts. 2452, 2457 y 2459 C. argentino).
También se pierde la posesión por la posesión de otro aun contra la voluntad del poseedor, si éste no fuere mantenido o reintegrado en tiempo hábil (art. 2456 y 2458 C. argentino); y por el constituto posesorio, mencionado por el art. 2387 del C. argentino y el art. 520 inc. V) del C. brasileño. Como se sabe esta cláusula, por lo común opuesta a los contratos de compraventa o de donación es aquella que permite al vendedor o al donante continuar en la posesión de la cosa cuyo dominio se ha transferido, en virtud de una tradición ficta hecha a su favor (ver: Pothier, Traité de Droit de Domaine de Propriété, in Oeuvres, t. IX, Nº 208, pág. 172, 2ª edición). Sólo que en este caso, la pérdida de la posesión sería voluntaria y comprendida en la primera parte de nuestro artículo, en igual medida en que se la pierde por la tradición que no sea la hecha con el sólo objeto de transmitir la simple tenencia, tal como se la contempla en el art. 3453 del C. argentino.

El art. 829 del C. mexicano incluye entre las causas que hacen perder la posesión contra la voluntad del poseedor: a) la resolución judicial; b) la reivindicación por el propietario; y c) la expropiación por causa de utilidad pública.
Como se ve, todas las causas que hacen perder la posesión pueden ser agrupadas tal como lo estatuye nuestro artículo: 1º por voluntad del poseedor; y 2º sin su voluntad o sea contra la voluntad de él.
A estar a lo dispuesto por el art. 2447 del C. argentino, la posesión no se perdería porque el que poseía a nombre de otro manifestase la voluntad de poseer a nombre suyo. Siendo así, tanto por aplicación de esta norma, como por Derecho alemán, nuestro artículo 2525 no sería aplicable a este caso. Mas los exégetas del Código alemán admiten su aplicación sólo en el caso de que el **Besitzdiener** o sea el que poseía por otro, manifestare su voluntad por un acto que implique claramente el desconocimiento del poder del propietario. (ver: Bufnoir y demás traductores franceses del Código alemán, opus cit. t. II, pág. 444).
¿Qué ocurriría en nuestro derecho si el inquilino que posee por el propietario se entera que, como heredero que es de su padre, goza, fundado en un título perfecto, del derecho a reivindicar el mismo inmueble por él ocupado, y así lo expresase en una demanda?
La aparición de un nuevo título de adquisición, permitiría al tenedor de la cosa, transformado en reivindicante, cambiar las cualidades de la posesión del propietario, a tenor del art. 2358 del C. argentino, reproducido y mejorado por el art. 1407 del Proyecto argentino de 1936, según el cual: **No causará intervención del título la mera circunstancia de comunicar al poseedor mediato el propósito contrario, si esta noticia no fuere acompañada de actos que le priven de su posesión, o que por su naturaleza sean incompatibles con los que tiene derecho a ejecutar el poseedor inmediato** (art. 2301 del Anteproyecto de Bibiloni).
Decisión es ésta coincidente con la condición a que los juristas alemanes subordinan la aplicación del art. 856, fuente del artículo **sub examen** a la pérdida de la posesión del propietario por desconocimiento que el tenedor de la cosa haga de su poder de tal.

Art. 2521 — La posesión se transmite con los mismos carácteres a los sucesores universales y legatarios del poseedor.

Ver: arts. 857 C. alemán 3418, 2475 y 4024 C. argentino; 937 C. de Luisiana; 724 y 2235 C. francés; 460 C. italiano; 440 C. español; 560 C. civil suizo; 495 y 496 C. brasileño; 483 C. portugués; 1537 C. boliviano; 722 C. chileno; 783 C. colombiano; 754 C. ecuatoriano; 761 C. de la República del Salvador; 781 C. venezolano; 829 C. peruano; 486 C. guatemalteco; 1731 C. nicaragüense; 739 C. hondureño; 724 C. de la República Dominicana; 2092 C. de Puerto Rico; 2310 del Anteproyecto de Bibiloni; 1419 del Proyecto argentino de 1936.
La "posesión" a que se refiere el presente artículo, no es el poder de hecho del difunto sobre la cosa que poseía, porque terminando por su muerte ese poder, mal podría transmitírselo sin solución de continuidad al heredero. Más como en la línea recta descendente y ascendente, los herederos legítimos tienen de pleno derecho la saisine (art. 3410 del C. argentino), de suerte que siendo así, la posesión es transmitida al heredero sin solución de continuidad, porque ella es la situación jurídica por virtud de la cual las reglas relativas a la posesión y al poseedor de un objeto se aplican igualmente a la situación de hecho creada al heredero por la muerte de su autor. Puede éste, por su ausencia, ignorar que la sucesión de su causante le ha sido deferida, sin que por ello se perjudiquen sus derechos a poseer los bienes hereditarios, tanto que si un tercero pretendiese, a favor de su ausencia, entrar en posesión de dichos bienes, podría el heredero volver por sus fueros y repulsar las pretensiones ilegítimas del tercero por medio del respectivo interdicto.

Art. 2522 — Los derechos que por este Código se confieren al poseedor para la defensa y protección de su poder de hecho sobre la cosa, pueden ser invocados igualmente por aquel que no posea sino una parte de ella, tales como locales distintos o locales de habitación en edificios de piso.

Ver: arts. 865 C. alemán. El presente artículo nada tiene que ver con lo dispuesto por el art. 2405 del C. argentino, inspirado en la doctrina de Savigny (opus cit. parágrafo 22, pág. 246 y ss.), según la cual "**Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo**", reproducida en otros términos por la primera parte del art. 2315 del Anteproyecto de Bibiloni y el 1416 del Proyecto argentino de 1936, siquiera con la salvedad de su segunda parte que dice: "**En la posesión de cosas por título, sea por usufructo, servidumbre predial, locación u otros modos de uso, la posesión de partes materiales y determinadas de las cosas será juzgada según la naturaleza y extensión del derecho ejercido**", que es, en resumen, lo que estatuye nuestro artículo.
Puede, en efecto, como el propio Bibiloni lo destaca, arrendarse partes, bodegas y y camarotes de buques, construcciones no inmovilizadas, prestarse ruedas para sustituir en un vehículo las destruídas por un accidentes. En todos estos casos es necesaria la determinación de la cosa poseída.
Por regla general, dice Bibiloni, las cosas muebles no admiten posesión por partes materiales (autor y opus cit. t. III, pág. 31).

Art. 2523. — Si dos o más personas poseyesen en común cosa indivisa, o estuviesen en el goce de idénticos derechos, podrá cada una ejercer sobre el objeto común actos posesorios, con tal que no excluyan a los otros coposeedores.

Ver: arts. 886 C. alemán; 488 C. brasileño y 796 C. mexicano.
El presente artículo contempla la hipótesis opuesta a la del artículo anterior. No se trata de la posesión dividida en tal o cual parte de una cosa, si no por el contrario del caso en que la posesión pertenece en común sobre toda la cosa. Los poseedores pueden tener en este caso sobre la cosa la misma posesión, como copropietarios, cousufructuarios o co-locatarios, o por el contrario, posesiones diferentes, uno como propietario, y el otro como usufructuario por ejemplo, o locatario, o acreedor prendario, pero a condición de que sus posesiones, aún teniendo un fundamento distinto, recaigan sobre la cosa entera, en su entidad.
Uno de esos poseedores puede demandar la protección de su posesión en tres distintas hipótesis:
1º Un tercero le ha desposeído o turbado, caso en el cual, tiene derecho a la protección de su posesión, como si tuviera una posesión dividida.
2º Uno de sus co-poseedores le ha desposeído. En esta hipótesis, como en la precedente, tiene derecho a la protección de su posesión. Nuestro artículo no le priva de esta facultad.
3º Nuestro artículo no se aplica cuando la controversia entre co-poseedores surge de la cuestión de saber en qué límites cada uno de ellos puede usar de la cosa, porque esta cuestión no puede ser dirimida sino en el petitorio, porque se trata de una cuestión de derecho y no sólo de una cuestión de hecho (ver Bufnoir y demás traductores y anotadores del Código Civil Alemán, t. II, nota al art. 866, pág. 451; Savigny, opus, cit. parág. 11, pág. 142, 7ª edición; Molitor, opus cit. nº 25, pág. 53; art. 2316 del Anteproyecto de Bibiloni).

Art. 2524 — Cuando una cosa salida de manos de su poseedor pasare a una finca poseída por otro, deberá éste permitir que la busque y se la lleve, a menos que en el intervalo, ella haya sido objeto de una toma de posesión. El poseedor de la finca podrá exigir la reparación de los perjuicios resultantes de la búsqueda y recobro. Si estos perjuicios fuesen de temer podrá él negar su permiso hasta que se le den garantías suficientes, a menos que no haya peligro en la demora.

Ver: arts. 867 C. alemán; 700 C. Civil suizo; 2329 Ante Proyecto de Bibiloni y 1431 del Proyecto argentino de 1936. Mira este precepto a evidenciar que tratándose de objetos muebles accidentalmente trasladados no basta, **para adquirir su posesión, el sólo hecho de una potestad aparente.** Tomemos por ejemplo, dice Salelles, el caso de un animal doméstico que huye de la casa de su dueño para penetrar en la del vecino; el de las maderas que son conducidas flotando por un río y que éste arroja sobre una de las orillas y las deposita en un predio particular ribereño; el del sombrero de un transeunte que el viento arrebata y arroja por encima de un seto a un fundo frontero.

"En todos estos casos —agrega— el objeto llevado al fundo ajeno aparece hallarse a cubierto en el ámbito de lo que he denominado imperio de la vigilancia doméstica, de lo que los romanos llamaban **custodia** del dueño; y esto debiera bastar para colocarlo bajo la potestad de hecho del dueño del poseedor del inmueble. Y añádese que si desde luego bastara por sí misma esta potestad de hecho para adquirir la posesión, en todos los casos citados hubieran entrado estos objetos en la posesión del dueño del fundo, aún sin su conocimiento, y con independencia de todo acto suyo voluntario. A pesar de ello, el art. 867 demuestra no ser así, por cuanto, según él, cuando este objeto no ha llegado a entrar en la posesión del posedor del inmueble, se reconoce a su poseedor derecho a exigir del dueño del fundo que éste le permita entrar en él para buscarlo y recogerlo (ver autor y opus cits. nº 24, pág. 73).

Viniendo Bufsnoir, Cazelles y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán a explicar los alcances de su art. 867, señalan dos hipótesis en que el traslado de la cosa mueble a una finca ajena puede tener lugar: a) o la cosa es transportada por un acto del poseedor de la finca; y b) o no es transportada por obra de un tercero. En la primera hipótesis, **podrá el poseedor desposeído servirse de los medios de protección que le ofrece la ley:** repulsar por la fuerza toda agresión y aún restablecerse por la fuerza en la posesión de la cosa, o buscar la cosa en la finca de otro, la cosa de que ha sido despseído. En la segunda hipótesis habría que hacer nuevas distinciones. Si el poseedor de la finca ha tomado posesión de la cosa, el antiguo poseedor podrá, en virtud de su derecho a poseer o de su posesión anterior, ejercer su acción de restitución. Fuera de estas hipótesis quedaría él desarmado si el art. 867 no le acordase el derecho a buscar la cosa en la finca ajena y a recuperarla.

Más para esto, el citado precepto exige una condición positiva y otra condición negativa:

a) **Condición positiva:** debe la cosa ser substraída del poder de su poseedor y encontrarse en la finca poseída por el demandado. Poco importa que el poseedor de la cosa haya o no perdido su poder de hecho en las condiciones de nuestro art 2524; poco importa que igualmente la haya perdido por accidente o por hecho involuntario. Le bastará probar la condición positiva.

b) **Condición negativa: es menester que la cosa no haya sido objeto de una toma de posesión en el intervalo,** es decir, entre la introducción de la cosa en la finca ajena y la introducción de la demanda, porque en este caso, el poseedor estaría suficientemente protegido.

Queda entendido que el poseedor de la cosa promoverá este procedimiento a su riesgo y peligro. Todos los perjuicios sufridos por el poseedor de la finca por causa de la búsqueda de la cosa y su rescate, deben ser soportados por aquél, aun cuando ninguna culpa le sea imputable. En cambio, podrá él obtener indemnizaciones por las degradaciones sufridas por la cosa. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 452).

Art. 2525. — El que posea una cosa como dueño, será poseedor en nombre propio.

Ver: art. 872 C. alemán. La posesión en nombre propio es una condición de la propiedad. Por derecho alemán no **se exige del poseedor que se crea propietario (opinio dominii), sino sólo que tenga,** siquiera de mala fe, la voluntad de poseer la cosa, como si ésta le perteneciese. Así, el ladrón es poseedor en nombre propio. Lo mismo ocurriría con el comprador de un inmueble que a sabiendas de que sólo por la inscripción de sus títulos en el Registro puede adquirir el dominio, se contenta con tomar posesión de él. No se puede adquirir la posesión en nombre propio sin tener la voluntad y sin manifestarla por un acto exterior. Esta manifestación de voluntad no es un acto jurídico propiamente dicho, pero se halla sometida a las reglas que disciplinan los actos jurídicos. Ella es posterior a la adquisición de la posesión.

El que posee la cosa como dueño, es poseedor inmediato, por oposición al que, por tener una posesión derivada, como el usufructuario, el acreedor prendario, el arrendatario, locatario, depositario, etc., son poseedores mediatos, en los términos de nuestro art. 2519.

Art. 2526. — Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión, e igualmente todos los derechos que por su ejercicio duradero y visible son exteriorización de la propiedad.

Ver: arts. 2400 C. argentino; 3833 del **Esboço de T. de Freitas**; 2314 del Anteproyecto de Bibiloni; 1405 del Proyecto argentino de 1936.

Nos apartamos de la doctrina tradicional inspiradora del art. 2400 C. argentino, según el cual "**Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión**", inexplicablemente reproducido por los arts. 2414 del Anteproyecto de Bibiloni y 1405 del Proyecto argentino de 1936, "**aun cuando sean derechos susceptibles de ejercicio reiterables o continuo**", como reza el **in fine** de su modelo, el art. 3833 del **Esboço** de T. de Freitas. Inexplicablemente, decimos, porque si tal decisión es conforme con la idea romana de la posesión, (**Possideri autem possunt quae sunt corporalia**, L. 3, pr. **de poss.**, y **quia nec possideri intelligitur jus incorporale**, L. 4, de **usurp.**, in Savigny, **opus** cit. parág. 12, pág. 164, 7ª edición), según la cual ella no podía aplicarse sino a las cosas corporales, objetos de la propiedad, y por extensión a los derechos distintos pero integrantes de la propiedad, como el usufructo, las servidumbres, el derecho de superficie, designados como **jura in re**, ejercidos sin **animus domini**, pero expuestos a turbación por actos de violencia, como la propiedad misma, y como tales protegibles por los mismos interdictos, siquiera los jurisconsultos romanos se negasen a admitir en estos casos la existencia de una verdadera posesión, por lo que convinieron en llamarlos **juris quasi possessio** no es explicable en el Derecho moderno, y menos en el Anteproyecto de Bibiloni; informado, como esta, en la teoría objetiva de la posesión. Imbuído Savigny de ésa noción romana de la **juris quasi possessio**, enseña que ella no significa el ejercicio de un derecho cualquiera, por-

que si todo derecho es suceptible de ser ejercido, no todo derecho admite necesariamente la posibilidad de una usucapión o de una turbación por un acto de violencia, como acontece con los jura in re (ver opus cit. parág. 44 pág. 467 y ss.).
Esto es, sin duda, lo que Teixeira de Freitas entendió estatuir en el in fine del art. 3833 de su Esboço, siquiera en término cuasi sibilinos que, al ser trasegados al art. 2400 del C. argentino, condujeron a excluir de la posibilidad de la posesión "todos los bienes que no fueren cosas", incluso los jura in re, que aun cuando en su ejercicio no reunan el requisito del animus domine, pueden ser turbados por un acto de violencia y se hallan protegidos por un interdicto.
Si hubiese de entenderse al pie de la letra el art. 2400 del Código argentino, el heredero, sobre todo el infans o el interdicto, destituídos del animus domine, no podrían entrar en posesión de todos los derechos de su causante, porque estos derechos son bienes que no son cosas, y el art. 3313 del mismo Código carecería de sentido.
Acaso Teixeira de Freitas no entendió excluir de la posesión sino esos derechos que, según la nota al art. 2312 del citado Código, "tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad etc.", cuya violación sólo se resuelve en una indemnización o sea en un crédito, pero nunca en un interdicto.
La extensión romana de la protección posesoria a los jurís quasi possessio no puede comprenderse, como dice Ihering, porque partiendo ella del poder físico sobre la cosa (corpus), no conserva de la posesión ni el elemento cosa, ni el poder físico sobre ella, de suerte que siendo así es sólo una caricatura de la posesión, que desfigura la supuesta idea fundamental hasta ponerla desconocida. "La teoría de Savigny, —agrega Ihering— si quiere ser sincera, no puede ver en la cuasi posesión más que una singularidad sin motivo alguno, una de las más terribles confusiones de ideas que haya habido nunca en el derecho, y en verdad, el abismo que separa el poder físico y la cosa de una parte, y de la otra el ejercicio de los innumerables derechos que pueden en el derecho moderno ser objeto de una cuasi posesión, abstracción hecha de estos dos elementos, es infranqueable" (ver autor cit. El Fundamento de la Protección Posesoria, pág. 160, traducción de A. Posada, 1912).
Tales son las razones que aconsejan la corrección del art. 2400 del C. argentino, tal como lo dejamos esbozado en nuestro art. 2526.

Art. 2527. — Es justa la posesión que no fuere violenta, clandestina, o precaria.

El que, sin el consentimiento del poseedor, le despoje de la posesión o le turbe en ella, obrará ilegalmente, a menos que esa desposesión o turbación sea autorizada por la ley.

La posesión así obtenida por hecho ilícito es viciosa. El vicio podrá ser opuesto al sucesor en la posesión, si fuere heredero del poseedor, o si al tiempo de la adquisición, conociera el vicio de la posesión de su causante.

Sobre la primera parte, ver art. 489 C. brasileño; 2364 C. argentino; 3717 y 3718 del Esboço de T. de Freitas; 709 a 713 C. chileno; 772 a 774 C. colombiano; 741 a 745 C. ecuatoriano; 651 y 652 C. uruguayo; 777 C. venezolano; 490 a 492 C. guatemalteco; 441 y 444 C. español; 495 Inc. 5º C. portugués; 1746 C. nicaraguense; 726 a 730 C. hondureño; 1412 y 1413 del Proyecto argentino de 1936; 2305 del Anteproyecto de Bibiloni.
Sobre la segunda parte, ver: art. 858 C. alemán.
Dada la extrema claridad de los conceptos expresados en el párrafo primero, sabe a ociosidad explicarlos. La posesión violenta es la adquirida por la fuerza. La violencia inicial es la constitutiva del vicio. Cuando la posesión se halla exenta de vicios, se dice de ella que es tranquila o pacífica.
La posesión clandestina es la establecida furtivamente, a escondidas, a espaldas del poseedor legítimo. La cualidad contraria a este vicio, es la posesión pública. Posesión precaria es la establecida por abuso de confianza, delito castigado por el Código Penal.
La posesión obtenida por cualquiera de tales medios supone la voluntad contraria del poseedor despojado o turbado. Nuestro artículo establece su antijuridicidad, primer requisito de la ilicitud de los actos voluntarios que causan daño, y obligan a su reparación. No concurriría ese extremo si el despojo o la turbación fuese autorizada por la ley, como por ejemplo, en los casos de legítima defensa contemplados por el art. 2473 del presente Código, o del art. 2554 por el que se autoriza al poseedor, víctima de vías de hecho ilícitas, a repulsarlas por la fuerza. El hecho ilícito es esencialmente relativo al poseedor que lo sufre. Siendo así, sólo a él le compete oponer el vicio al autor del hecho, o a su heredero, y sólo en tanto posea, como heredero, porque si la posesión le hubiese sido transferida en vida de su autor, sería un tercero, a quien también podría oponerse el vicio, pero a condición de que hubiese conocido el vicio al tiempo de adquirir la posesión. La buena fe que antes de ahora sólo era importante en relación al habiente causa universal, no deja de serlo ahora en relación al habiente causa a título particular. (ver Bufnoir y demás traductores y anotadores del C. alemán, t. II, pág. 445).

Art. 2528. — Es de buena fe la posesión, si el poseedor ignora el vicio, o el obstáculo, que le impide la adquisición de la cosa o del derecho poseído.

El poseedor con justo título tiene para sí la presunción de la buena fe, salvo prueba en contrario, o cuando la ley, expresamente, no admitiese esa presunción.

Ver: arts. 490 C. brasileño; 2355 parág. 1º y 2356 C. argentino; 3716 del Esboço de T. de Freitas; 433 C. español; 476 y 478 C. portugués; 326 C. austriaco; 1147 C. italiano; 693 C. uruguayo; 788 C. venezolano; 550 y 2268 C. francés; 806 C. mexicano; 832 C. peruano; 484 C. guatemalteco; 285 C. costarricense; 706 y 707 C. chileno; 768 y 769 C. colombiano; 738 y 739 C. ecuatoriano; 750 y 751 C. de la República del Salvador; 1718 a 1720 C. nicaraguense; 723 y 724 C. hondureño; 2302 del Anteproyecto de Bibiloni; 1409 del Proyecto argentino de 1936.
Nuestro artículo es copia literal del art. 490 del C. brasileño, con que substituimos el art. 2355 del Código argentino, igualmente repulsado por Bibiloni, quien en la nota al art. 2302 de su Anteproyecto lo objeta por meramente didáctico e inexacto. Tampoco nos satisface el art.2302 del citado Anteproyecto con que Bibiloni substituye lo sarts. 2356 y 2357 del C. argentino, porque protegiéndose la posesión fundada en justo título con la presunción juris tantum de la buena fe del poseedor, no se comprende que además se le exija la prueba de haberse persuadido de su legitimidad, sea por error de hecho o de derecho, a menos que él pretenda la anulación del título, que es otra cuestión. Si, pues, alguien pretendiese que el

poseedor es de mala fe, deberá probar que él no ignoraba que poseía indebidamente, como lo preceptúa el artículo siguiente.

Art. 2529. — La posesión de buena fe sólo pierde este carácter en el caso y desde el momento en que las circunstancias hagan presumir que el poseedor no ignoraba que poseía indebidamente.

Ver: arts. 491 C. brasileño; 2362 in fine y 3426 in fine C. argentino; 435 C. español; 478 C. portugués; 550 y 2269 C. francés; 808 C. mexicano; 789 C. venezolano; 707 in fine C. chileno; 769 in fine C. colombiano; 739 in fine C. ecuatoriano; 751 in fine C. de la R. del Salvador; 1745 y 1746 C. nicaraguense; 724 in fine C. hondureño; 3729 del Esboço de T. da Freitas; 2302 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1409 in fine del Proyecto argentino de 1936.
La mala fe debe ser probada. A estar al art. 3729 del Esboço de T. de Freitas, la mala fe resulta:
1º) cuando el poseedor confesare que jamás tuvo título;
2º) Cuando su título fuere nulo, de nulidad manifiesta;
3º) Cuando tuviere en su poder algún instrumento repugnante a la legitimidad de su posesión;
4º) Cuando la cosa poseída fuere inmueble, y su adquisición posterior a la vigencia del presente código, no reuniere los requisitos por él exigidos para la adquisición contractual del dominio, o por causa de muerte de su autor.
Ocioso es que no bastarían estos extremos si ellos no fuesen dados a conocer al poseedor por demanda para ser probados en juicio, como lo exige el art. 1745 del C. nicaraguense y el art. 495 inc. 4º del C. portugués.
La posesión es ilegítima, a tenor del art. 2355 del C. argentino cuando se la tenga sin título, o por un título nulo, o fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales, o cuando se adquiera del que no tenía derecho a poseer la cosa, o no lo tenía para transmitirla.

Art. 2530. — Salvo prueba en contrario, se presume que la posesión conserva el mismo carácter en que fue adquirida. Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión. El que comenzó a poseer por sí y como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado a poseer por otro. El que ha comenzado a poseer por otro, se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario.

Ver: arts. 436 C. español; 492 C. brasileño; 2353 y 2354 C. argentino; 2230 y 2231 C. francés; 3404 C. de Luisiana; 719 C. chileno; 780 C. colombiano; 751 C. ecuatoriano; 654 C. uruguayo; 1141 C. italiano; 773 y 774 C. venezolano; 481 C. guatemalteco; 827 C. mexicano; 1805 C. nicaraguense; 736 C. hondureño; 758 C. de la R. del Salvador; 3712 del Esboço de T. de Freitas; 2301 del Anteproyecto de Bibiloni; 1407 del Proyecto argentino de 1936. (Savigny, opus cit. pág. 64 y ss.; Molitor. opus cit. Nº 39, pág. 84 y ss.).

Art. 2531. — En la percepción de frutos la buena fe debe existir en cada acto. La buena o la mala fe, del sucesor del poseedor, sea universal, sea particular, será juzgada en relación a él, y no por la del antecesor.

Ver: arts. 2361 y 2432 C. argentino; 3727 y 3990 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2304 del Anteproyecto de Bibiloni; 1411 del Proyecto argentino de 1936, y nota de Vélez Sarsfield al art. 2361.

Art. 2532. — Si fuesen varios los poseedores de una cosa, la naturaleza de la posesión se juzgará respecto de cada uno de ellos.

Tratándose de personas representadas, se aplicará lo dispuesto por el art. 652.

Ver: arts. 2365 y 2366 C. argentino; 712 parág. 2º C. chileno; 774 parág. 2º C. colombiano; 744 parág. 2º C. ecuatoriano; 652 segunda parte C. uruguayo; 3719 parág. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2308 del Anteproyecto de Bibiloni; 1415 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO II

De la adquisición de la posesión

Art. 2533. — La adquisición por transferencia de la posesión es un acto jurídico que requiere agente capaz, objeto lícito y forma prescripta y no prohibida por la ley, de conformidad con el art. 544 de este Código.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 2514, la posesión puede ser adquirida por cualquiera de los modos admitidos por este Código.

Sobre la primera parte, ver Bevilaqua, t. III, nota al art. 493 del C. brasileño, pág. 20 Ella es con-

forme con lo estatuido por el art. 2517 del presente código. Siendo así resulta ocioso repetir lo dispuesto en los arts. 2373, 2374, 2376, 2377 y ss., del Código argentino, y en los arts. 2309 y ss., del Anteproyecto de Bibiloni, 1417 y ss., del Proyecto argentino de 1936, pues, están virtualmente contenidos en las disposiciones de carácter general ya traídas a este Código. De ocioso califica Bevilaqua el art. 493 del Código brasileño, salvo su inciso 3º según el cual la posesión se adquiere por cualquiera de los modos de adquisición en general, que trasegamos al in fine del presente artículo.

Art. 2534. — Si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupación según las disposiciones de este Código, la posesión quedará adquirida por la mera aprehensión.

Ver: arts. 2375 C. argentino; 3826 del Esboço de T. de Freitas; 2419 del Antoproyecto de Bibiloni; 1503 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2535. — La tradición a que se refiere el art. 945 es perfecta desde que, por voluntad del poseedor anterior, la cosa se encuentra bajo el poder del adquirente.

Ver: art. 922 parág. 2º del C. Civil suizo; 2377 y 2385 C. argentino; 3744 del Esboço de T. de Freitas. Dependerá de la circunstancias la manera de poner la cosa bajo el poder del adquirente. En efecto, si se tratase de la tradición de las existencias de una casa comercial o de una fábrica industrial, no será necesario que el vendedor entregue pieza por pieza las mercaderías o máquinas del establecimiento vendido. Bastará que el vendedor, hecho el inventario, ponga el todo a disposición del comprador, y que éste lo acepte.

Art. 2536. — Entre ausentes, la tradición es perfecta por la remisión de la cosa al adquirente o a su representante.

Ver: art. 923 C. Civil suizo y 1117, 1526 y 1527 del presente Código; 2386 C. argentino.

Art. 2537. — La tradición de cosas muebles que no están presentes, se entiende hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etc.; o cuando fueren remitidas por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las entrega al agente que deba transportarlas, con tal que el comitente hubiere determinado o aprobado el modo de la remisión.

Ver: arts. 2388 C. argentino; 3771 y 3773 del Esboço de T. de Freitas; 1530 y 1531 del presente Código.

Art. 2538. — Tratándose de cosas muebles futuras, que deben separarse de los inmuebles, como arenas, piedras, maderas, frutos pendientes, etc., se entenderá que el adquirente ha tomado posesión de ellas desde que comenzó a sacarlas con permiso del poseedor del inmueble.

Ver: arts. 2376 C. argentino; 3779 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 2539. — Si la cosa cuya posesión se va a adquirir se hallase confundida con otras, es indispensable para la adquisición de la posesión, que sea separada y designada distintamente.

Ver: 2402 C. argentino; 3834 del Esboço de T. de Freitas

Art. 2540. — La sola declaración del tradente de darse por desposeído, o de dar la posesión al adquirente de la cosa, no suple las formas legales de la tradición a que se condiciona la adquisición contractual del dominio entre partes.

Ver: arts. 2378 C. argentino; 3753 del Esboço de T. de Freitas. La desposesión por sola declaración del tradente a favor del adquirente, es la vieja cláusula "dessaisines et saisines" convalidada, como tradición ficta, por el art. 278 de la Costumbre de Orleans, a condición ser hecha ante notario, de que el vendedor o el donante se halle en posesión real de la cosa, y que después del acto ninguno de ambos continúe en posesión de la cosa de modo que el adquirente pueda entrar a poseerla, es repulsada por el derecho moderno. (ver: Pothier. **Traité de Droit de Domaine de Propriété**, in Oeuvres, t. IX, Nº. 213, pág. 173, 2ª edición)

"**Entre partes**" dice nuestro artículo, porque la tradición, como modo de adquirir el dominio, no produce efectos, a tenor del art. 941 del presente Código, sino respecto del tradente y el adquirente, por lo que el mismo precepto exige que ella sea seguida de la inscripción del acto en el Registro de la Propiedad para su publicación respecto de terceros.

Art. 2541. — La posesión contractual de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que entrega la cosa

con asentimiento del que la recibe; o por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega.

Ver: arts. 2379 y 2383 C. argentino; 3815 y 3820 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 2542. — Respecto de terceros, la inscripción en el Registro de la Propiedad de títulos de transmisión de inmuebles deshabitados, importa su tradición a los efectos de la adquisición del dominio.

Ver: art. 200 de la Ley N° 325, parág. 2°. Si la posesión no es vacua, mal se puede comprender que la toma razón del acto translativo del derecho de propiedad pueda valer por transferencia de la posesión o sea por tradición, sin exponer al adquirente de buena fe a ser burlado por estellonato del vendedor en exclusión con un segundo adquirente que se anticipase a presentar su título a inscripción en el Registro. Si la posesión es vacua, la toma de razón del título vale por tradición ficta.

Art 2543. — Puede también hacerse la tradición de los inmuebles, si desistiendo el tradente de la posesión que tenía, ejerciere el adquirente actos posesorios en el inmueble a presencia de él, y sin oposición alguna.

Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepción de frutos, su deslinde, la construcción o reparación que en ella se haga, y en general, su ocupación, de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunas de sus partes.

Ver: arts. 2380 y 2384 C. argentino; 3818 inc. 2° y 3821 del Esboço de T. de Freitas.

Art. 2544. — No es necesaria la tradición material de la cosa, sea mueble o inmueble, para adquirir su posesión, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste, por un acto jurídico, transfiere el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro.

Ver: arts. 2387 C. argentino; 924 C. Civil suizo; 845 inc. 1° C. peruano; 621 C. brasileño; 931 C. alemán; 767 inc. 1° C. uruguayo.
El caso contemplado en el presente artículo es el que los jurisconsultos modernos llaman **constitutum possessorium**, por virtud del cual, el propietario enajenante de un bien raíz queda transformado de poseedor legítimo en detentador en nombre de otro. Molitor juzga que el constituto posesorio es una brevi manu traditio invertida. En vano se buscaría el constituto posesorio en las fuentes del Derecho romano. (ver: Molitor, opus cit. N° 45, pág. 96; Savigny, opus cit. parág. 27, pág. 289 y ss., 7ª edición; Pothier, **Traité du Droit de Domaine de Propriété, in Oeuvres**, t. IX, N° 208, pág. 172).

Art. 2545. — La posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero legítimo sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante, en el caso de que llegue a adirse la herencia.

Ver: art. 440 C. español; 3410, 3412, 3414 y 3415 C. argentino; 2310 del Anteproyecto de Bibiloni y 1419 del Proyecto argentino de 1936. Según estos preceptos cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes y descendientes legítimos, el heredero tiene de pleno derecho la saisine o sea la posesión de los bienes hereditarios. Los otros parientes llamados por la ley a la sucesión, los cónyuges, los hijos y padres naturales, no pueden tomar la posesión de la herencia, sin pedirla a los jueces y justificar su título a la sucesión. Mas estas distinciones entre el **jus succedendi** y el **jus successionis** del Código argentino, quedan uniformados en este Código.

Art. 2546. — La tradición de títulos de la deuda pública se juzgará hecha por la transferencia de ellos, según la legislación que la rija. La de acciones nominativas de compañías o sociedades por acciones, se juzgará hecha, cuando lo fuere conforme con los estatutos de la entidad emisora. La de acciones endosables, se juzgará hecha por sólo el endoso del título, sin ser necesaria la notificación al ente emisor. Las acciones al portador se juzgarán transmitidas por la tradición real de los títulos conforme con lo dispuesto por el art. 2701. La de instrumentos de créditos sólo se juzgará hecha, cuando fuere notificada al deudor, o aceptada por él. La transferencia de documentos librados en representación de mercaderías confiadas a un acarreador o a un depósito equivale a la tradición de las mercaderías mismas.

Ver: arts. 2390 y 2391 C. argentino; 3784, 3785 y 3788 del Esboço de T. de Freitas; 925 C. Civil suizo; 1421 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2547. — La posesión fundada en un título, comprende sólo la extensión del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor.

Ver: art. 2411 del C. argentino.

CAPITULO III

De las obligaciones y derechos inherentes a la posesión

Art 2548. — Quien ejerciere la posesión de una cosa en virtud de un derecho real, tendrá las facultades y obligaciones inherentes a las cosas, y que no beneficien o graven a una o más personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada.

Ver: art. 2416 C. argentino; 3847 del Esboço de T. de Freitas; 2324 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni; 1427 primera parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2549. — Es obligación inherente a la posesión de cosas muebles, la exhibición de ellas ante el Juez, en la forma que lo prescriban las leyes de enjuiciamiento civil, cuando fuese pedida por otro que invoque un interés en la cosa fundado en un derecho. Los gastos de la exhibición son a cargo de quien la pidiere.

Ver: arts. 2417 y 2786 C. argentino; 3849 inc. 1º, y 3506 del Esboço de T. de Freitas; 901 C. de Chile; omitida en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936. Trátase de la actio ad exhibendum también prescripta por el art. 68 inc. 2º de nuestra ley de enjuiciamiento civil, como medida preparatoria de la demanda ordinaria que el actor puede pedir, por lo común la reivindicatoria. El que pida la exhibición de la cosa, debe justificar un interés pecuniario. (ver: Maynz, t. II, parág. 285, pág. 537 y ss.).

Art. 2550. — Son derechos inherentes a las cosas inmuebles las servidumbres activas.

Ver: art. 2421 C. argentino; 3852 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 427 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2551. — Son obligaciones inherente a la posesión de cosas inmuebles las establecidas en este Código bajo el Título **"De las restricciones y límites del dominio"**; las servidumbres pasivas, la hipoteca, y la restitución de la cosa, cuando el acreedor fuese acreedor anticresista. También las cargas de dar, hacer o no hacer, impuesta por el poseedor precedente, al nuevo poseedor.

Ver: arts. 2418 y 2419 C. argentino; 3850 inc. 13 y 3850 incisos 10 a 12 del Esboço de T. de Freitas; 2324 parág. 2º y 2325 del Anteproyecto de Bibiloni; 1427 segunda parte, incisos 1º a 3º del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO IV

De las defensas y las acciones posesorias

Art. 2552. — Un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa, y no la posesión misma. El que no tiene sino un derecho a la posesión no puede, en caso de oposición, tomar la posesión de la cosa: debe demandarla por las vías legales. Nadie puede turbar arbitrariamente la posesión de otro.

Ver: arts. 2468 y 2469 C. argentino; 320 C. austriaco; 2327 del Anteproyecto de Bibiloni; 1429 del Proyecto argentino de 1936.
Consagra el presente artículo la sencilla y vieja distinción entre el derecho a poseer nacido del título, al cual los jurisconsultos modernos dieron en llamar **jus possidendi**, y la posesión misma a la que los juris-

consultos romanos llamaron jus possessionis (ver: Savigny, opus cit. pág 7, 7ª edición; Molitor, opus cit. Nº 2, pág. 3).
El jus possidendi es materia propia del Derecho de propiedad, al paso que el jus possessionis lo es de la teoría de la posesión.
Como la idea de posesión supone el señorío del hombre sobre una cosa, en virtud del cual puede disponer de ella, y sobre todo defenderla contra toda turbación por un poder extraño, viene por lógica consecuencia que, en el interés de la paz social, le esté vedado al que sólo dispone del jus possidendi tomar de propia autoridad la posesión de la cosa, sin recurrir a las vías legales, como está dispuesto por el art. 697 del presente Código.

Art. 2553. — El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa.

Ese derecho puede ser ejercido por el poseedor o, en su nombre, por los que tienen la cosa, como subordinados de él (art. 2521) y los que fuera de este caso ejerzan sobre la cosa una posesión derivada o mediata (art. 2518), en todos los casos del art. 701.

Ver: arts. 2470 C. argentino; 320, 339 a 344 C. austriaco; 2328 del Anteproyecto de Bibiloni; 1430 del Proyecto argentino de 1936; 859 y 860 C. alemán; 926 C. Civil suizo; 486 C. portugués; 502 C. brasileño.
Acaso llame la atención que por el presente artículo se autorice al que tiene la cosa, como subordinado, a repulsar con la fuerza toda violencia ejercida contra el poseedor, cuando por el art. 2518 se estatuye que el subordinado no es poseedor. Ocurre, empero, que confiriéndose el derecho a la legítima defensa aun a terceros, no puede extrañar que por disposición del art. 860 del C. alemán se permita al subordinado (Besitzdiener) servirse de los medios de violencia autorizados al poseedor en defensa propia. Naturalmente que este derecho se limita a las cosas que el subordinado tiene a su cuidado, a nombre de su poseedor.

Art 2554. — Siendo dudoso el último estado de la posesión entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo o turbarlo en ella, se juzga que la tiene el que probare una posesión más antigua.

No siendo posible determinar así, quién es el que tiene la posesión actual, o cual de las dos es la más caracterizada, ordenará el juez que las partes ventilen su derecho en el petitorio, y dispondrá el embargo de la cosa a las resultas de ese juicio.

Ver. arts. 2471 C. argentino; 4025 del Esboço de T. de Freitas; 2330 del Anteproyecto de Bibiloni; 1432 del Proyecto argentino de 1936.
Queda así corregido el error señalado por Bibiloni en la segunda parte del art. 2471 del C. argentino, según el cual: "Si no constase cuál fuera (la posesión) más antigua, júzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer; o mejor derecho de poseer", tal como reza la segunda parte del art. 4025 del Esboço de T. de Freitas. La verdad que esta decisión autoriza a la parte provista de un título que le da el derecho a poseer (jus possidendi) a desalojar por la violencia al que teniendo sólo la posesión (jus possessionis), mal puede exhibir título alguno, sin embargo de ser principio de derecho aquel según el cual el que posee posee porque posee. Viene de aquí la decisión esbozada en la segunda parte de nuestro artículo. (Ver: Bibiloni, opus cit. t. III, nota al art. 2330, pág. 37).

Art. 2555. — Fuera del caso del artículo anterior, la posesión nada tiene de común con el derecho a poseer, e inútil será la prueba de éste en las acciones posesorias por parte del demandante o el demandado.

Ver: arts. 2472 C. argentino; 4026 del Esboço de T. de Freitas; 2331 del Anteproyecto de Bibiloni; 1433 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2556. — Para que la posesión de lugar a las acciones posesorias, debe ser pública e inequívoca, sin exigirse la buena fe.

Ver: arts. 2379 C. argentino; 2339 del Anteproyecto de Bibiloni; 1434 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2557. — Quien sin consentimiento del poseedor, le turbare en la posesión o le privare de ella, cometerá un acto ilícito, a menos que hubiere procedido, autorizado por la ley.

El turbado en su posesión podrá reclamar del autor y de los sucesores de éste, aunque fuesen de buena fe, la cesación de los hechos, y si se temiese otros nuevos, podrá el poseedor pedir además, que sean prohibidos en el futuro.

El desposeído tendrá acción para exigir el reintegro contra el autor de la desposesión y los sucesores de éste, universales o particulares.

No procede la acción cuando el demandante ha adquirido la posesión del perturbador o sus autores, dentro del año anterior inmediato que precede a la turbación.

Ver: arts. 2335 a 2337 del Anteproyecto de Bibiloni; 1435 y 1437 del Proyecto argentino de 1936; 858, 861, y 862 del C. alemán; 927 del C. Civil suizo; 446 C. español; 484 C. portugués; 344-346 C. austriaco; 803-804 C. mexicano; 1170 C. italiano; 2482, 2487, 2494, 2495, 2496 y 2497 C. argentino; 916, 918, 919, 920 y 921 C. chileno; 972, 974, 975, 976 y 977 C. colombiano; 979, 980, 981, 982, y 983 C. ecuatoriano; 499, a 503 C. brasileño; 658, 660, 661 y 662 C. uruguayo; 782 a 784 C. venezolano; 307 y 309 C. costarricense; 1732 a 1735 C. nicaragüense; 4027, 4036, 4042 inc. 1º, 4043 parág. 1º, 4046 inc. 1º, 4048, y 4049 del **Esboço de T. de Freitas.**

Inspirado el presente artículo en los citados preceptos del Anteproyecto de Bibiloni, a su vez sugeridos por las pertinentes disposiciones del Código alemán alteran profundamente el sistema de las acciones posesorias del Código argentino.

Las razones que abonan este cambio están expuestas en la larga nota con que Bibiloni explica sus causas.

Una de éstas es que la protección de la posesión, tal como resulta de las disposiciones del Código, es incompleta. Las únicas acciones que ellas admiten son la de turbación y la de despojo, pues, la de obra nueva a la que se refieren los arts. 2498 y 2499, es también de despojo. Es deficiente la redacción de más de un artículo relativo a esta materia. Así, en la hipótesis del art. 2496, de mera turbación de la posesión, para la que se confiere la **acción de manutención**, (arts. 2497 y 2498), no podría obtenerse la reintegración de lo que se ha perdido. La acción de despojo es limitada por los arts. 2490 y 2491 porque no se da contra los sucesores particulares que reciben la posesión de otro que el despojante **aunque fuesen de mala fe**, de suerte que siendo así, el poseedor a quien se ha usurpado su bien no puede recuperarlo, tanto de los poseedores actuales de buena fe, como de los que, a sabiendas de los actos de despojo, recibieron la cosa. Con deshacerse rápidamente de ella, el autor de un asalto armado contra la posesión de otro, haciéndola pasar a manos de una persona de buena fe, o sucesivamente a la de ocultadores de segundo grado, burla el derecho del poseedor despojado con violencia.

Estima Bibiloni que "la protección posesoria debe ser apreciada por razón de la posesión y no por razón del medio o de la forma empleada para apoderarse de ella. No hay dos clases de protección posibles, agrega. Si se ha usurpado la posesión por cualquier medio, violencia, ocultación, abuso de confianza, pérdida, posesión era, y hay que restituir, pues, nadie se hace justicia por sus manos, salvo el caso de la defensa necesaria por la imposibilidad de ser auxiliado en tiempo útil. **Todo concurre a establecer una sola acción posesoria de reintegro, en todas las hipótesis de apoderamiento".**

Halla Bibiloni injustificado que por el art. 2473 del Código se subordine el ejercicio de las acciones posesorias a la condición de que ella tenga, a lo menos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta o clandestina, ni haber sido turbada durante el año en que se adquirió (art. 2478). El turbador no necesita probar que su posesión es anual. Los códigos alemán, holandés y suizo confieren el derecho de ejercer las acciones posesorias cualquiera sea la duración de la posesión. Según el código argentino, el poseedor no tiene defensa alguna si el turbador es un poseedor anual, autorizado de esta suerte a hacerse justicia por sus propias manos en violación del art. 2468, cuando la paz social exige que cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie pueda turbarla arbitrariamente.

Otro punto en que las soluciones proyectadas tampoco coinciden con las del Código, según las cuales (arts. 2487 y 2488) las cosas muebles son excluídas de la protección posesoria, en contradicción con los códigos alemán y suizo que conceden acciones posesorias sin distinguir cosas muebles o inmuebles.

En contradicción con lo estatuido por estos códigos modernos, preceptúa el art. 2487 del C. argentino que **"Las acciones posesorias solamente corresponden a los poseedores de inmuebles"**, tal como lo inspiró el Esboço de T. de Freitas (arts. 4031 y 4045), y su art. 2488 que: **"Las cosas muebles no pueden ser objeto de la acción de despojo, sino cuando el poseedor fue despojado de ellas junto con el inmueble"**, de idéntica procedencia que el anterior (art. 4035 del **Esboço**).

En fundamento de esta limitación de la acción de despojo a sólo los inmuebles se arguye que, como en materia de muebles, la posesión vale por título, la única contienda posible respecto de éstos es la de propiedad. Mas Bibiloni señala la inexactitud de este argumento, porque la posesión de cosas muebles sólo engendra presunción de propiedad:

1º cuando es de buena fe (art. 2412 C. argentino);

2º cuando se trata de terceros; porque no puede ser invocada por el tenedor que está obligado a restituirlas, o las hubo del actor por un acto nulo, o sujeto a rescisión, lícito o ilícito (art. 2414);

3º Aunque haya buena fe y se trate de terceros, cuando la cosa no haya sido robada o perdida (art. 2412).

A favor de esta presunción de propiedad debe el despojado iniciar juicios ordinarios de larga tramitación, al cabo de los cuales se expone a ver frustrado el reintegro por perecimiento de la cosa o desmerecimiento en su condición, cuando por la acción de despojo pudo obtenerla a su debido tiempo y con resultado económico cierto.

La acción civil de hurto que al despojado de la cosa mueble le confiere la segunda parte del art. 2488 del C. argentino, contra el ladrón o el que se apoderó de ella por abuso de confianza, tampoco es suficiente a proteger al poseedor, porque ella depende de la solvencia del demandado. El poseedor despojado no tiene acción contra el sucesor de mala fe, o contra todo sucesor si hubo pérdida o robo. Pueden éstos defenderse sino presunción de propiedad. La acción criminal es igualmente ilusoria.

El art. 858 del C. alemán, por el contrario, concede las acciones posesorias contra los sucesores particulares respecto de los cuales la posesión es viciosa, como son aquellos que al adquirir la cosa tenían o tuvieron conocimiento del vicio de la posesión de su autor, es decir, del que la tomó sin la voluntad del poseedor. (ver: Bibiloni, **opus cit.** t. III, nota a los arts. 2335 a 2337, pág. 40 y ss.; y Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, **opus cit.** t. II, notas a los arts. 858, 861 y 862, pág. 445 y ss.).

La acción posesoria conferida por el presente artículo al desposeído, fundada como está en todo la posesión, lo mismo procede cuando se trata de una simple turbación que cuando se trata de una desposesión propiamente dicha.

El demandante sólo debe probar el hecho de habérsele desposeído contra su voluntad. Si la vía de hecho es legalmente autorizada, su prueba incumbirá al demandado. El inc. 1º, fine de nuestro artículo por el que se estatuye que la acción no procede cuando el demandante ha adquirido la posesión del perturbador o sus autores, dentro del año anterior inmediato que precede a la turbación, restablece la **exceptio vitiosae possessionis** del antiguo derecho, pero no es una excepción en el sentido técnico de la palabra, sino sólo una asimilación de la posesión a un hecho exclusivo de la acción.

El parágrafo 2º de nuestro artículo reproduce lo dispuesto por el art. 862 del Código alemán.

Art. 2558. — Las acciones posesorias del artículo precedente no proceden contra los terceros poseedores de cosas muebles, sucesores particulares de buena fe, sino en el caso de que hubieran sido robadas o perdidas.

Ver: arts. 2338 del Anteproyecto de Bibiloni; 1437 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; 504 C. brasi-

ñeño; 504 C. portugués; 927 C. chileno; 983 C. colombiano; 989 C. ecuatoriano; 968 C. uruguayo; 1163 C. italiano.
(El tercero que de buena fe adquiere una cosa mueble tiene a su favor la presunción de propiedad. Explícase así que contra él no proceda la acción de despojo, sino sólo en los casos de tratarse de cosas robadas o perdidas.

Art. 2559. — Las acciones posesorias se dan cuando los hechos que las fundan causan por su naturaleza la desposesión o la turbación de la posesión aunque el demandado alegue que no entiende impugnar la posesión del demandante.

Ver: arts. 2340 del Anteproyecto de Bibiloni; 1436 del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. II, parág. 137, 3º, texto y nota 23, pág. 137, 3ª edición; t. II, parág. 187, 3º, texto y nota 26, 4ª edición; t. II, parág. 187, 3º, texto y nota 26, 5ª edición, pág. 233.
El art. 2496 del C. argentino condiciona el ejercicio de la acción posesoria por turbación de la posesión al hecho de que el turbador ejecute el hecho contrario a la voluntad del poseedor "con la intención de poseer" y el art. 2499 que la obra nueva ejecutada por el turbador "cede en su beneficio", de suerte que por aplicación de cualquiera de ambos preceptos podría el turbador burlar la acción del poseedor alegando que sus actos de posesión no se inspiran en la intención de poseer, o que la obra nueva que ha hecho en el inmueble del poseedor, es en beneficio del demandante.
Contra esta doctrina subjetiva, opone Bibiloni la objetiva del Código alemán, ninguno de cuyos preceptos exigen la condición de intención de parte del turbador de la posesión, tal como lo enseñan Aubry y Rau y Ihering, Actio Injuriarum, V, pág. 63 y ss. (ver Bibiloni, t. III, pág. 46, edición Kraft).

Art. 2560. — Los poseedores de inmuebles que limitan con calles, caminos, ríos y lagos no navegables, podrán intentar acciones posesorias para proteger los derechos que este Código concede a los propietarios de esos bienes.

Las acciones posesorias procederán en favor de los poseedores, contra quienes no produzcan efecto las sentencias que ordenen la entrega o afectación de cosas, según las reglas generales de este Código.

Ver: arts. 2341 de Anteproyecto de Bibiloni; 1439 y 1440 del Proyecto argentino de 1936. Queda suprimido el art. 2492 del C. argentino por las razones expuestas en la nota de Bibiloni (ver t. III, pág. 48, edición Kraft).

Art. 2561. — La obra nueva que comenzare a ejecutarse en inmuebles poseídos por el actor, o la destrucción de las ya existentes en ellos, se juzgará como despojo regido por el art. 2557, última parte. Si lo fuere en inmuebles no poseídos por el demandante, se aplicará la segunda parte del mismo artículo. En ambos casos, la acción tendrá por objeto suspender la obra durante el juicio, y una vez terminado éste, destruir o reparar lo hecho. El juez podrá denegar la suspensión provisoria, si no la estimare justificada por las circunstancias.

Ver: arts. 2342 del Anteproyecto de Bibiloni; 1441 del Proyecto argentino de 1932; 2498 a 2500 C. argentino.

Art. 2562. — Las acciones posesorias se extinguen por no habérselas deducido en juicio dentro del año siguiente a la realización del hecho que las autoriza y cuando por sentencia firme, posterior a los hechos, se decida que el autor del hecho tenía un derecho en la cosa, que le facilitaba para exigir el restablecimiento de la posesión.

Ver: arts. 2493 C. argentino; 2343 del Anteproyecto de Bibiloni; 1442 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2563. — Cualquiera de los coposeedores podrá ejercer las acciones posesorias contra terceros sin el concurso de los otros, y también contra éstos, si lo excluyeren o turbaren en el ejercicio de la posesión común. Ellas no procederán si la controversia entre coposeedores sólo versare sobre la mayor o menor participación de cada uno.

Ver: arts. 2489 C. argentino, Aubry y Rau, t. II, parág. 487, pág. 132, 3ª edición; 2344 del Anteproyecto de Bibiloni y su nota a este artículo; 1443 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2564. — Corresponden las acciones posesorias a los poseedores de partes materiales de una cosa, como locales distintos, de habitación, comercio u otros.

Ver: arts. 2345 del Anteproyecto de Bibiloni; 1444 del Proyecto argentino de 1936.
Sin antecedente en el Código argentino, pero evidentemente inspirado en este párrafo de Aubry y Rau: "Estas proposiciones se aplican especialmente a los coposeedores de un muro, de un seto, de un foso común, de un patio o de pasadizo común. (autor y opus cits. t. II, parág. 187, texto y nota 3, pág. 133, 3ª edición).

Art. 2565. — Los poseedores mediatos podrán ejercer las acciones posesorias por hechos producidos contra el poseedor inmediato, y pedir que éste sea reintegrado en su posesión, y si no quisiera recibir la cosa, quedarán facultados para tomarla directamente.

Podrán también usar del derecho establecido por el art. 2557.

Ver: arts. 869 del C. alemán; 2346 del Anteproyecto de Bibiloni; 1445 del Proyecto argentino de 1936.
El presente artículo, como su fuente el 869 del C. alemán, protege la posesión mediata de una manera menos absoluta que la posesión inmediata que sólo da derecho a rechazar la fuerza con la fuerza, como lo dispone el art. 2553 del presente Código.
Si la presente disposición especial en favor del poseedor mediato no existiera, se vería éste totalmente desarmado contra la violencia ejercida por terceros si el poseedor inmediato asintiera después de la desposesión o a la turbación.

Art. 2566. — Las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma prescripta por las leyes procesales. Cuando la sentencia hiciere lugar a ellas, podrá disponer, según los casos, que se restituya la cosa, el cese de la turbación, el restablecimiento a costa del vencido del estado material existente en el momento del hecho que funda la demanda, el resarcimiento de los daños causados, y el pago de los gastos del pleito.

La indemnización no afectará a los sucesores particulares de buena fe, y el pago de los gastos de restablecimiento y del juicio podrá serles dispensado, según las circunstancias de la causa.

Ver: arts. 2501 y 2494 C. argentino; 4036, 4042 parág. 1º y 4043 parág. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2347 del Anteproyecto de Bibiloni; 1446 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2567. — La sentencia dictada en el juicio sumario revestirá carácter de definitiva, sin perjuicio del derecho de las partes para intentar las acciones reales que les competa.

Ver: arts. 2348 del Anteproyecto de Bibiloni; 2348 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO II

DE LOS DERECHOS REALES

CAPITULO UNICO

Disposiciones generales

Art. 2568 — Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley.

Los contratos o las disposiciones de última voluntad que tuviesen por fin constituir o modificar los que este Código reconoce, sólo valdrán como actos constitutivos de derechos personales, si como tales pudiesen valer.

Ver: arts. 2502 C. argentino; 3703 y 3709 del Esboço de T. de Freitas; 2349 del Anteproyecto de Bibiloni; 1448 del Proyecto argentino de 1936.
La expresión "Derechos Reales" con que a imitación del Código argentino intitulamos la parte del presente Código destinada a disciplinar todos los derechos posibles sobre las cosas, es decir todos, los jura in re y la propiedad, es el nombre general con que Savigny los comprende (ver Sistema del Derecho Romano Actual, t. I, parág. LVI, pág. 279, versión castellana de Mesía y Poley). Los romanos no tuvieron un nombre genérico para designarlos. (Maynz, t. I, parág. 4, pág. 382, 4ª edición). Tampoco los códigos modernos, a excepción del C. Civil del Perú. (Libro IV, arts. 812 y ss.) y el del Brasil (Bevilaqua Tít. III, arts. 674 y ss.), se sirven de ese rótulo para abrazar todos los derechos sobre las cosas propias (propiedad) y las ajenas.
Es de la esencia de los derechos reales el de procurar a su titular un d e r e c h o de goce excepción hecha de la hipoteca, por oposición a los derechos personales de crédito que, si entrañan una utilidad económica al acreedor, no le proporcionan derecho alguno de goce.

En cuanto a su objeto, discrepan los autores. Así, y respecto de la propiedad que es el derecho real por antonomasia. Crome la concibe como el derecho de señorío absoluto sobre una cosa corporal, salvo la universalidad de cosas corporales. (autor cit. Manuale del Diritto Civile Francese, t. I, parág. 165, pág. 448, versión italiana de Barassi). En cambio, De Ruggiero, al extender la noción de cosa, como objeto de derechos, a toda parte del mundo externo capaz de ser sometida a nuestro poder e idónea a producir una utilidad económica, juzga que objeto del derecho puede ser, a más de las entidades corporales que se perciben por los sentidos, también las incorporales, que proporcionan una utilidad económica al hombre, como por ejemplo, los bienes inmateriales: los derechos de autor, el derecho al nombre y a la marca de fábrica, el derecho de invención etc. Restringir, como hacen algunos, —agrega— el objeto de é sólo los objetos materiales que tiene naturaleza corpórea, considerando como requisito esencial la corporeidad, lleva como consecuencia el identificar la cosa con lo que puede ser objeto de derecho real y a excluir todo otro objeto del derecho; lo cual no nos parece exacto, no pudiendo negarse que objeto de éste pueden ser, además los bienes inmateriales (ver autor cit. Instituciones de Derecho Civil, t. I, parág. 45, pág. 483, versión castellana de Serrano Suñer y Santa Cruz Teijeiro).

Los derechos reales no pueden ser creados por la voluntad arbitraria del hombre porque consistiendo la propiedad el dominio de un individuo sobre la naturaleza no libre, de la que todos los jura in re no son sino desprendimientos, mal podría ser ejercida fuera de un estatuto legal regulador de su limitación sin exponerse a colisiones perturbadoras de la paz social. Tal es la razón por la cual y en consideración a sus efectos define Pothier la propiedad como el derecho de disponer a su voluntad de una cosa, sin atentar contra el derecho de otro, ni contra las leyes: Jus de re libere disponendi, o Jus utendi et abutendi. (ver: Traité de Droit de Domaine de Propriété, in Oeuvres, t. IX, Nº 2, pág. 101).

Queda así explicada la segunda parte de nuestro artículo, según la cual los derechos reales disciplinados por el presente Código no pueden ser modificados, con carácter real por el contrato o las disposiciones de voluntad. Actos tales sólo pueden valer como constitutivos de derechos personales, si como tales pueden regir.

Art. 2569. — Son derechos reales:

1º) el dominio y el condominio;
2º) el usufructo;
3º) el uso y la habitación;
4º) las servidumbres activas;
5º) la hipoteca;
6º) la prenda;
7º) la anticresis.

Ver: arts. 2505 C. argentino; 3704 y 3705 del Esboço de T. de Freitas; 577 C. chileno; 665 C. colombiano; 612 C. ecuatoriano; 567 C. de la República del Salvador; 2350 del Anteproyecto de Bibiloni; 1449 del Proyecto argentino de 1936. Algunos Códigos agregan "los censos".

Art. 2570 — La constitución de derechos reales que se hubiese convalidado conforme con lo dispuesto en el art. 672, no perjudicará la eficacia de lo estatuido según las reglas especiales de este Código.

Ver: arts. 2504 C. argentino; 3845 del Esboço de T. de Freitas; 2351 del Anteproyecto de Bibiloni; 1450 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO III

DE LA PROPIEDAD

CAPITULO I

De la propiedad en general

Art. 2571. — La ley garantiza al propietario el derecho pleno y exclusivo de usar, gozar y disponer de sus bienes, dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por este Código, y de recuperarlos del poder de quien injustamente los posea.

La propidad literaria, científica y artística será regulada conforme con las disposiciones del capítulo VI de este Título.

Ver: arts. 524 C. brasileño; 832 C. italiano; 544 C. francés; 2506 y 2510 C. argentino; 348 C. español; 903 C. alemán; 641 C. Civil suizo; 353 a 354 C. austriaco; 582 y 584 C. chileno; 669 y 671 C. colombiano; 616 y 618 C. ecuatoriano; 480 y 481 C. de Luisiana; 568 y 570 C. de la República del Salvador; 544 C. de la República Dominicana; 86, 487, 488, 491 C. uruguayo; 289 C. boliviano; 545 y 546 C. venezolano; 387 y 390 C. guatemalteco; 850 C. peruano; 830 C. mexicano; 264 C. costarricanse; 615 C. nicaraguense; 613 y 615 C. hondureño; 1111 C. de Puerto Rico; 4072 del Esboço de T. de Freitas; 2383 y 2384 del Anteproyecto de Bibiloni; 1470 del Proyecto argentino de 1936.

La presente disposición conforma la concepción tradicional del derecho de propiedad, como sometimiento de la cosa a la voluntad y a la acción de una persona, **dominium est jus utendi, fruendi et abutendi re sua**, de los arts. 2506 del C. argentino y 524 del C. brasileño, con la concepción moderna, diremos, de la limitación de esa relación jurídica a las necesidades sociales que ya los propios romanos habían contemplado al agregar a aquella definición: **quatenus juris ratio patitur**, tal como se expresa en el art. 832 del Código italiano de 1942: **"dentro de los límites y con la observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico"**.

Siendo así, como lo es, el derecho de propiedad no es absoluto. Mal puede el propietario pretender que el Derecho le ampare si el único fin que persigue al ejercerlo es perjudicar a terceros, tal como lo hemos explicado bajo los Nºs 1221, 1222 y ss., de nuestro Tratado del Derecho de las Obligaciones. (t. II, pág. 445 y ss. 1ª edición).

En esa limitación de los poderes del propietario consiste la llamada "función social" de la propiedad proclamada por el art. 21 de la Constitución de 1940. Si esta función social fuese absoluta, como no falta quien lo pretende, se desvirtuaría el dominio o señorío de que la ley inviste al propietario sobre la cosa de su pertenencia, porque mal podría coexistir el derecho relativo de la propiedad privada con el derecho absoluto e ilimitado de la soberanía del Estado, bien dice Proudhon que "el dominio de la soberanía no es un dominio de propiedad, sino sólo un poder de dirección o un gobierno de protección que no supone que aquellos que lo invisten tengan el derecho de confiscar los bienes de los particulares, ni de privarles del goce o de disponer arbitrariamente de ellos de cualquier manera que sea. No podría conferírsele semejante extensión sin poner a la autoridad suprema en contradicción con la ley de su propia naturaleza: porque, desde el momento en que esta autoridad no ha sido establecida sino para proteger los derechos de todos, mal podrían los que la ejercen, sin entregarse a la más odiosa prevaricación, hacerla servir en la invasión de las propiedades por la fuerza de que están armados para defenderla. (ver autor cit. **Traité du Domaine Public**, t. I, Nº 49, pág. 66, 2ª edición).

El profesor Villegas Bassavilbaso, luego de examinar la doctrina del realismo positivista de Duguit, según la cual el individuo no es un fin, sino un medio, una "rueda" de la máquina social, destituído de los derechos subjetivos de la propiedad, transformada en función social, fuente de obligaciones, enseña que: "No obstante, puede afirmarse que las limitaciones cada vez más crecientes y necesarias que restringen el área de la propiedad privada, determinada por los intereses sociales y económicos, nada prueban contra el carácter subjetivo del derecho de propiedad. (autor cit. Derecho Administrativo, t. VI, Nº 770 al fin, pág. 30).

En el mismo orden de ideas, Messineo, después de reconocer que la nueva disciplina del derecho de propiedad en el nuevo Código (italiano d 1942), es notablemente diversa de la del Código abrogado, bajo la influencia largamente ejercida por el carácter asumido por las relaciones económicas, en general, bajo la presión de las exigencias que han puesto en duda la legitimidad de las ideologías políticas individualistas, expresa que: "el señalado aspecto social, asumido por la propiedad según la nueva concepción de ella, no quita que la propiedad individual continúe siendo reconocida y protegida. La propiedad es conservada, como poder exclusivo y pleno del propietario; y sigue siendo, como tal, la columna del ordenamiento económico y jurídico, aun concediéndose amplio puesto a las exigencias de carácter general (públicas) o colectivas (privadas), que exigen de aquel poder la disminución o el sacrificio. (autor y opus cits. t. III, parág. 78, Nº 3, pág. 251).

La función social de la propiedad es, en nuestros días, un principio constitucional del Paraguay (art. 21 C. del 40); de Bolivia (art. 17 C. del 45); del Brasil (art. 141 C. de 1946); Colombia (art. 30, C. de 1945); Cuba (art. 87, C. de 1940); Chile (art. 87 C. de 1943); Ecuador (art. 183 C. de 1946); Guatemala (art. 90 C. de 1945); Haití (art. 17 C. de 1946); México (art. 27 C. de 1948); Nicaragua (art. 60 C. de 1948); Panamá (art. 45 C. de 1946); Perú (art. 34 C. de 1947); Uruguay (art. 32 C. de 1942); Venezuela (art. 65 C. de 1947).

La conciliación del interés privado y del social en el ejercicio del derecho de propiedad es así un principio irreversible, que ningún jurista podría objetar, salvo el riesgo a que se ofrece de ser invocado por demagogos para exclusivos fines prosolitistas y el establecimiento de cabeceras de puente para la penetración del comunismo, como hay ejemplos en nuestra América.

Art. 2572. — El dominio se llama pleno o perfecto cuando todos sus derechos elementales se hallan reunidos en el propietario, y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto plazo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo etc.

Ver: arts. 2507 C. argentino; 4072 del **Esboço** de T. de Freitas; 525 C. brasileño; 357 C. austriaco; 2187 C. portugués; 482 C. de Luisiana.

Evidente es que el presente artículo ha sido inspirado por Pothier, quien agrega a lo que dice el texto que la propiedad es sobre todo muy imperfecta cuando se halla gravada de un derecho de usufructo, caso en el cual, se la llama propiedad desnuda: **nuda proprietas** (ver autor y **opus** cits. In **Oeuvres**, t. IX, Nº 8, pág. 104). Proudhon, que viniendo después pudo remitirse a la autoridad de Pothier, lejos de citarlo dice lo mismo que él (autor y **opus** cit. t. I, Nº 13, pág. 15). Los impuestos que gravan la propiedad para satisfacer las necesidades de la sociedad, agrega este autor, no impiden que la propiedad sea perfecta.

Art. 2573. — La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad útil y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos útiles a su ejercicio que se encuentren en ella bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por el Código de Minas sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque priven al vecino de luz, vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio, pero no podrá oponerse a los trabajos que sean emprendidos a una altura o profundidad tales cuando él no tenga ningún interés en impedirlo.

Ver: arts. 2518 C. argentino; 552 y 672 C. francés; 2394 del Anteproyecto de Bibiloni; 1471 del Proyecto argentino de 1936; 526 del C. brasileño; 905 C. alemán; 667 C. Civil suizo; 840 C. italiano; 350 C. español; 297 C austriaco; 497 C. de Luisiana; 549 C. de venezuela; 207 C. boliviano; 392 C. guatemalteco; 867 C. peruano; 618 C. nicareguense; 614 C. hondureño; 552 C. de la República Dominicana; 1115 a 1117 C. de Puerto Rico.

Las materias, objeto de este parágrafo, dicen Aubry y Rau, son contempladas en el Código de Napoleón, como propias del **derecho de accesión**, expresión inclusiva de los casos en que una persona es propietaria de una cosa a título de accesión, y los de aquellas que devienen propietarios por efecto de la accesión. Mas hay en ello una mezcla de principios relativos a órdenes de ideas completamente diferentes, que en buena teoría vale la pena distinguir con cuidado. Otros, son, en efecto los accesorios a los cuales se extiende virtualmente la propiedad, otros los accesorios que la aumentan por efecto de una adquisición nueva. Demolombe (t. IX, Nºs 572 y 573), ha tratado, sin embargo, de justificar el orden seguido por los redactores del Código, al decir que, aun en los casos en que una cosa se une y se incorpora a otra cosa perteneciente a distinta persona, se debe ver, menos una adquisición nueva, que una simple extensión de la cosa en la cual es absorbida la que se le une e incorpora. Esta manera de ver, empero, que se comprendería en caso de especificación, no es admisible cuando una cosa, no obstante su unión a otra, no deja de conservar una existencia distinta, que de hecho la haría suceptible de ser apartada, o de ser el objeto de una propiedad separada, como esto tiene lugar, por ejemplo, con las islas e islotes formados en un río, o con las construcciones levantadas sobre el suelo de otro (ver autores y opus cit. t. II, parág. 192, texto y nota 1, pág. 169, 3ª edición; t. II, parág. 192, pág. 180, 4ª edición; y t. II, parág. 192, pág. 280, 5ª edición; S. Pugliatti, **In Codice Civile, Libro della Proprietá, Commentario** bajo la dirección de Mariano D'Amelio, pág. 155).

Cuanto a la última parte de nuestro artículo, enseñan Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código Civil alemán que el propietario no está obligado a probar su interés en impedir que se hagan obras a cierta altura o profundidad, porque le bastará invocar su calidad de propietario para oponerse a ello, y que la prueba de su falta de interés será de cargo de los que emprendan la obra. Será ésta una simple cuestión de hecho. El **in fine** de nuestro artículo sería inaplicable en el caso en que por debajo de la propiedad se encontrara una gruta que no fuera accesible por otro inmueble. No hace falta que el interés del propietario sea pecuniario. El propietario de un jardín puede oponerse a la instalación de hilos telegráficos sobre su jardín porque esta operación tuviere por resultado privarle de la vista de un cielo libre. Para oponérsele bastará al propietario ejercer por las vías legales la defensa de su posesión. Del mismo derecho gozan los que tienen un derecho de superficie, una servidumbre, un usufructo, si sus titulares son turbados en el ejercicio de su derecho (ver autores y opus cits. t. III, nota al art. 905, pág. 512).

Dado que nuestro artículo limita las facultades del propietario del suelo a su **profundidad útil**, tal como lo preceptúa el art. 667 del C. Civil suizo, queda dicho que sus poderes no son ilimitados a **"toda su profundidad"**, como reza el art. 2518 del C. argentino, y que siendo así, mal podría oponerse a que un avión atraviese la columna de aire correspondiente a la extensión superficial de su predio, ni reclamar una indemnización porque un tunel o paso subterráneo se abra bajo su fundo para el tránsito de un ferrocarril o de un servicio tranviario, a menos que por tales obras se expongan a derrumbe sus propias construcciones (ver: Curti-Forrer, opus cit. nota al art. 667 del C. Civil suizo, pág. 519). Este peligro, empero, queda descartado ahora que, por los progresos de la ingeniería civil, puede ser eliminado. De otro modo no contarían las grandes ciudades con el servicio tranviario subterráneo, con el que no se contaba al tiempo de la compilación del Código francés.

Art. 2574. — El dominio de la cosa corpórea se presume exclusivo e ilimitado, hasta prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, y las restricciones establecidas por la ley, sea por razón de vecindad, de impuestos, prohibiciones municipales, expropiación por causa de utilidad pública u otra limitación legal.

Ver: arts. 2508 y 2407 C. argentino; 486 C. de Luisiana; 2172 C. portugués; 527 C. brasileño· 4073 del **Esboço de** T. de Freitas; 2397 del Anteproyecto de Bibiloni; 1470 segunda parte del Proyecto argentino de 1936; 832 C. italiano. Molitor, De la Posesión, Nº 25.

La exclusividad del dominio se halla explicada por el art. 2508 del Código argentino, en el sentido de que: **"Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener"**. Agrega Vélez Sarsfield en la nota que por razón de la exclusividad del dominio: "Puede el propietario impedir a cualquiera disponer de la cosa que le pertenece; pero la manifestación de este poder puede ser modificada de diferentes maneras. Es posible desmembrar ciertas manifestaciones y erigirlas en derechos separados, los cuales, llamados **jura in re**, nos dan el derecho de disponer de una manera más o menos extensa de la cosa de otro, como cuando tenemos el uso o el usufructo de la cosa ajena. Pero estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad. "Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe con este caracter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo sobre el interés individual"

Art. 2575. — El propietario no puede prohibir a otro que use de su cosa, si esto es indispensable para evitar un peligro presente mucho más grave que el perjuicio que pudiera resultarle al propitario. Podrá éste hacerse indemnizar el perjuicio que se le hubiese causado.

Ver: arts. 904 C. alemán; 701 C. Civil suizo; 843 parágrafos 1º y 2º C. italiano; 858 C. peruano; 2392 del Anteproyecto de Bibiloni; 1476 del Proyecto argentino de 1936. En contra: arts. 2516 C. argentino; 4222 y 4226 del **Esboço** de T. de Freitas, salvo lo dispuesto por el art. 3077 del C. argentino.

La concepción absolutista del dominio indujo a Vélez Sarsfield a acoger en el art. 2516 de su Código la facultad conferida por Texeira de Freitas al propietario de prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena, y que se entre o pase por ella, sin excluir los casos de incendio de una casa vecina, por ejemplo, en que, por razones elementales, puede el cuerpo de bomberos encargado de extinguirlo, introducir sus aparatos de extinción en el predio vecino y hasta permitir que se derriben las paredes de su propia casa para evitar la propagación del incendio. Por aplicación del art. 701 del C. Civil suizo es permitido a los turistas o a los cazadores extraviados, penetrar por fractura en una cabaña para no pasar una noche en pleno campo o para reconfortarse. (ver: Wieland, **Les Droits Reels dans le Code Civil Suisse**, t. I, pág. 367 y Curti-Forrer, opus cit. pág. 537).

No debe confundirse la hipótesis contemplada en el presente artículo con la del art. 703 C. suizo por el que se

autoriza el uso de la cosa ajena cuando no pueda realizarse una mejora sin la decisión de una Comunidad de propietarios.
Son condiciones necesarias de aplicación del artículo sub-examen para que un tercero pueda usar la cosa de otro:
1º que exista un peligro, pero no como en el caso del art. 703 que el peligro provenga de la cosa en cuestión. Poco importa igualmente que el peligro amenace a la persona que va a servirse de la cosa o a un tercero, y que sea la persona misma o su patrimonio. Mas el peligro debe ser presente. Si el peligro es futuro, nuestro artículo no se aplicará.
2º Que el uso de la cosa sea indispensable para alejar un peligro. Es una cuestión de hecho que se juzgará según las circunstancias que la rodeen. El art. 703 sólo contempla la destrucción o el deterioro de una cosa, pero no el uso de ella como el presente artículo.
3º Que el peligro sea incomparablemente más grave que el perjuicio que podría sufrir el propietario.
4º Que el presente artículo sólo se aplique en los casos en que el uso sea pronto y rápido.
El propietario podrá siempre hacerse indemnizar el perjuicio que se le ocasione. Poco importa que haya o no culpa de parte del obligado, que será el que haya usado de la cosa (ver Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código Civil alemán, t. II, pág. 511).
El art. 843 parág. 1º del Código italiano, no condiciona como el C. alemán y el C. civil suizo, la obligación del propietario de dar paso a otro para evitar un peligro presente y grave, sino sólo cuando se trate de construir o reparar un muro u otra obra propia del vecino o bien del común, y siempre que se reconozca la necesidad de ello. (ver: Pugliatti, **In Codice Civile, Libro della Proprietà, Comentario** dirigido por D'Amelio, pág. 164 y ss.)

Art. 2576. — Si un inmueble corriese peligro inminente de ser perjudicado por el derrumbamiento de un edificio u otra levantada en el predio vecino, o por la caída de parte de este edificio u obra, podrá su propietario exigir que aquel que sería responsable del perjuicio adopte las medidas necesarias para evitar el peligro, o que preste caución por el daño inminente.

Ver: arts. 908 C. alemán; 679 C. Civil suizo; 555 C. brasileño; 389 C. español; 2472 parágrafo 2º del Anteproyecto de Bibiloni.
El presente artículo, como su fuente inmediata, contempla el peligro inminente como una turbación del derecho de propiedad. La acción enderezada a evitarlo, pertenece al propietario. Mas si existe un derecho de uso que grave el inmueble amenazado, la acción corresponderá igualmente al usuario.
La acción no va dirigida precisamente contra el propietario en que se halla la construcción en ruina, sino contra el que resulte responsable del perjuicio que su desmoronamiento podría causar, o sea contra el poseedor, a título propio, o el locatario o arrendatario, o el titular de una servidumbre o el tercero obligado a la conservación de la obra, sea en virtud de un contrato o de un derecho de uso.
Poco importa que el peligro provenga de un hecho del poseedor o de un caso de fuerza mayor, como incendio, temblor de tierra etc., pero sí que el propietario produzca la prueba de la existencia del peligro, que reemplaza la antigua **cautio damni infecti**. Esta acción es imprescriptible.

Art. 2577. — No podrá excavarse una finca de modo que pierda su apoyo necesario el suelo del predio vecino, a no ser que se afirme lo suficientemente de otro modo el predio amenazado.

Ver: arts. 909 C. alemán; 2615 C. argentino; 2471 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 Inc. 1º Proy. de 1936; 685 C. Civil suizo; 833 C. italiano.
El derecho de oponerse a los trabajos de excavación peligrosa no sólo pertenece al propietario de la heredad amenazada, sino también a toda persona que tenga interés en su uso o conservación, con cargo de producir la prueba de la excavación y del peligro derivado de ella.
El autor de la excavación no es responsable de los daños y perjuicios sino a condición de que haya obrado con negligencia o incurrido en culpa grave en la ejecución de los trabajos, o si fuera evidente que la excavación hace perder al predio vecino su apoyo necesario.
La acción conferida por el presente artículo es también imprescriptible

Art. 2578. — El propietario podrá cortar en su finca y guardarse las raíces de los árboles o arbustos que procedan del predio vecino. Lo mismo sucederá con las ramas que caigan sobre su finca, cuando el propietario haya fijado al poseedor del predio vecino un plazo conveniente para hacer cortarlas y éste no las haya cortado durante dicho plazo.
De este derecho no gozará el propietario si las raíces o ramas no perjudicasen el uso de su finca.

Ver: arts. 910 C. alemán; 2629 C. argentino; 672 C. francés; 714 C. holandés; 687 C. de Luisiana; 896 C. italiano; 558 C. brasileño; 422 C. austriaco; 2317 C. portugués; 687 C. Civil suizo; 942 C. chileno; 999 C. colombiano; 1004 C. ecuatoriano; 614 C. uruguayo; 702 segunda parte C. venezolano; 405 C. boliviano; 650 C. guatemalteco; 847 C. mexicano; 021 C. hondureño; 404 C. costarricense; 390 C. español; 943 C. de la República del Salvador; 672 C. de la República Dominicana; 1242 C. de Puerto Rico; 527 de Goyena; 2481 del Anteproyecto de Bibiloni; 1568 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2579. — Cuando el propietario de un fundo, al construir un edificio en él, rebasase los límites de su predio, sin que le sea imputable dolo ni culpa grave, debe el propietario de la heredad invadida tolerar el exceso, a menos que haya protestado contra el hecho ante la transgresión de los límites de su finca o inmediatamente después. En este caso, el perjudicado será indemnizado por el pago del valor real de la fracción indebidamente

ocupada, con más el valor estimado del perjuicio directo que le cause la privación de su propiedad, y la fracción de tierra ocupada pasará al dominio del que hizo la construcción, a menos que éste se allanare a demolerla.

Si la parte de la heredad vecina fuera de la construcción resultase insuficiente para una utilización o construcción de explotación normal, o quedase perjudicada la ya existente, su propietario podrá exigir la adquisición total.

Si en cualquiera de los casos precedentes no se abonase el precio, podrá el perjudicado obligar al constructor de la obra a demolerla y la expropiación quedará sin efecto.

Ver: arts. 912 a 915 C. alemán; y 674 C. Civil suizo; 2393 del Anteproyecto de Bibiloni; 1477 del Proyecto argentino de 1936.
Harto se sabe que por aplicación del Código argentino en un caso análogo al contemplado en el presente artículo, la única solución es la demolición de la obra invasora del predio ajeno. Juzgándola insostenible, auspicia Bibiloni la adopción de los dispuesto por los arts. 912 del C. alemán y 674 del C. suizo, que aún no siendo formalmente idénticos, son substancialmente análogos (ver autor y opus cits. t. III, pág. 82, edición Kraft).
La hipótesis contemplada en nuestro artículo fue ignorada en el Derecho romano; no así en las leyes de Prusia y de Wurtemberg que ocupándose de ella decidieron que el propietario de la finca invadida debía tolerar la invasión y hasta transferir al constructor de la obra la fracción por él usurpada.
Mas encontrando los compiladores del Código alemán exagerada esta decisión, estatuyeron que el perjudicado debe ser indemnizado mediante una suma de dinero o renta anual pagadera por adelantado (art. 913). El derecho a la renta tendrá preferencia respecto de los demás derechos que graven la finca (art. 914). Más el titular de la renta podrá pedir en cualquier tiempo que, mediante la transmisión de la propiedad de la parte del predio perjudicado, la reembolse el deudor el valor que tenía esta parte en la época de la transgresión (art. 915).
Si, como observa Bibiloni, las precedentes decisiones son conformes con la renta inmobiliaria y el derecho de superficie, instituciones propias del Código alemán, no lo son de nuestro Derecho que no admite la primera por el tiempo que sería necesario por la duración del edificio.
Distinta es la solución del art. 647 del C. Civil suizo (Wieland, t. I, pág. 250 y ss.). Tales son las razones en que Bibolini funda el art. 2393 de su Anteproyecto, fuente inmediata del nuestro, que es su apógrafo.

Art. 2580 — La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentren en ella, unidos de un modo natural o artificial.

Todas las contrucciones, plantaciones, sus frutos naturales, civiles e industriales, productos y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, aunque estén separados, pertenecen al propietario; salvo que por motivo jurídico especial, hubiesen de corresponder al usufructuario o al locatario u otro, y de las indemnizaciones que procedan a favor de terceros, según las reglas de este Código.

Ver: arts. 2520 y 2522 C. argentino; 547 y 548 C. francés; 821 C. italiano; 953 C. alemán; 643 C. Civil suizo; 2290 C. portugués; 490 y 491 C. de Luisiana; 354 C. español; 646 y 643 C. chileno; 716 y 718 C. colombiano; 679 y 681 C. ecuatoriano; 627 y 629 C. del Salvador; 733 y 734 C. uruguayo; 522 y 523 C. venezolano; 292 y 293 C. boliviano; 431 y 432 C. guatemalteco; 886 y 887 C. mexicano; 867 C. peruano; 528 C. brasileño; 287 y 286 C. costarricense; 622 C. nicaragüense; 637 y 639 C. hondureño; 547 y 548 C. de la República Dominicana; 1141 C. de Puerto Rico; 4144 a 4146 del Esboco de T. de T. de Freitas; 2395 del Anteproyecto de Bibiloni; 1472 del Proyecto argentino de 1936.
Quedan suprimidos los arts. 2519 y 2521 del C. argentino, por manifiestamente erróneos (ver: Bibiloni, nota al art. 2395 de su Anteproyecto, t. III, pág. 83, edición Kraft.

Art. 2581 — Cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro, debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tendrá la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado.

Ver: arts. 2523 C. argentino; 2397 del Anteproyecto de Bibiloni; 1470 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2582 — El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su consentimiento o contra su voluntad, a no ser que haya dejado que un tercero adquiera la cosa por prescripción.

Ver: arts. 2510 C. argentino; 488 del C. de Luisiana; 2389 del Anteproyecto de Bibiloni. Omitido en el Proyecto argentino de 1936. Demalombe, t. IX, Nº 546; Aubry y Rau, parág. 191, 3ª edición.

Art. 2583 — Nadie puede ser privado del dominio o de alguna de sus facultades, sino por causa de utilidad social o necesidad pública; ni despo-

seído de su propiedad sin previa y justa indemnización. Se entenderá por ésta, el pago del valor real de la cosa o del derecho estimado en juicio breve y sumario por peritos nombrados por las partes con arreglo a las disposiciones de la ley de enjuiciamiento civil, y también el del perjuicio directo que la privación le ocasione al propietario.

Ver: arts. 2511 C. argentino; 489 C. de Luisiana; 545 C. francés; 834 C. italiano; 666 segunda parte C. Civil suizo; 349 C. español; 492 C. uruguayo; 290 C. boliviano; 590 parág. 1º y 591 parágrafo único C. brasileño; 547 C. venezolano; 836 C. mexicano; 617 C. nicaraguense; 545 C. de la República Dominicana; 1113 C. de Puerto Rico; 4290 del Esboco de T. de Freitas; 2390 del Anteproyecto de Bibolini; 1479 del Proyecto argentino de 1936. Sobre esta materia véase Villegas Basavilbaso, opus cit. t. VI, parágrafo 840 a 927.

No se nos escapa que el art. 21 de la Constitución del 40, en perfecta contradicción de lo estatuido por su primer parágrafo, según el cual **"La Constitución garantiza la propiedad privada"**, estatuye por su parágrafo 3º que **"La propiedad de toda clase de bienes (muebles e inmuebles) podrá ser transformada jurídicamente mediante la expropiación por causa de utilidad social definidad por ley, la que determinará así mismo la forma de indemnización"**, con que se faculta al Poder Ejecutivo a que por simple Decreto-Ley dictado durante el receso de la Cámara de Representantes, se califique la **causa de utilidad social**, y se lleve a cabo la desposesión del propietario, donosamente ahora llamada **transformación jurídica**, sin previa indemnización, que es la garantía fundamental instituída por la legislación constitucional y civil de casi todas las naciones en seguridad del propietario de no verse desposeído del fruto de sus ahorros en largos años de paciente aplicación al trabajo.

Al favor de esta novedad constitucional se han consumado muchas expropiaciones no indemnizadas, de valiosos inmuebles, a solicitud de núcleos de población no mayor de 20 individuos, sujetos de la Reforma Agraria, tal como lo autoriza el art. 27 del Estatuto Agrario, de evidente inspiración de un socialismo de izquierda que en 1940 logró embaucar al P. E., para la aprobación de dicho Estatuto.

Como se comprenderá, esta desembozada violación de la garantía constitucional de la propiedad privada, ha hecho más daño que bien a la República al desaparecer la seguridad que a todo propietario debe asistirle de no verse inicuamente desposeído de sus bienes de capital, fruto de sus ahorros, sin ser previamente indemnizado.

¿Qué capitalista extranjero querría invertir su dinero en bienes raíces así expuestos a expoliación o a una práctica confiscación?

A los que impugnen el contenido del presente artículo, les anticipamos que son dueños de derogarlo, pero que deberán cargar con la responsabilidad de ensombrecer el horizonte de la prosperidad económica del país por obra del trabajo honrado, si es que no lo sumen del todo en la noche impenetrable de la desconfianza y la incertidumbre de los hombres laboriosos.

Art. 2584 — No se admtirán otros casos de expropiación que por necesidad pública o por utilidad social.

Son casos de necesidad pública:

1º la defensa del territorio nacional;

2º la seguridad pública;

3º los socorros públicos, en casos de calamidad;

4º la salubridad pública.

Son casos de utilidad social:

1º la fundación de poblaciones y el establecimiento de asistencia, educación o instrucción pública;

2º la apertura, prolongación de calles o caminos, canales, líneas férreas y apertura de plazas públicas;

3º la construcción de obras, o establecimientos, destinados al bien general de una localidad, su decoración e higiene.

4º la exploración de minas.

Ver: art. 590 C. brasileño.

Art. 2585 — En caso de riesgo inminente, como guerra o conmoción interior que ponga en peligro la paz pública y la seguridad general, sin que sea posible ninguna forma de procedimiento para la calificación legal del caso de expropiación, podrá el Poder Ejecutivo usar de la propiedad de los particulares hasta donde el bien público lo exija, garantizándose al propietario su derecho a ser posteriormente indemnizado.

Ver: arts. 2512 C. argentino; 591 C. brasileño; 835 C. italiano; 2391 del Anteproyecto de Bibolini; 1475 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2586 — En todos los casos de expropiación por causa de utilidad social solicitada por particulares, será a cargo de éste, no sólo la indemnización del precio de los terrenos expropiados, sino la de todos los daños inmediatos que sobrevinieren al propietario.

Ver: art. 4297 del Esboco de T. de Freitas. Se impone un correctivo a la corruptela tan generalizada entre nosotros de peticiones formuladas por grupos de particulares para la agricultura, preferentemente de tierras boscosas, ricas en maderas de exportación, so color su condición de "sujetos de la reforma agraria". Expropiadas es-

tas tierras son repartidas a los peticionantes, sin desembolsar suma alguna que se acerque a su precio, y mucho menos a cubrir la indemnización debida al propietario. Se ha partido del falso principio de que al Estado le basta esta operación para proporcionar una suerte de tierra a cada habitante de la República, falto de todo recurso pecuniario para emprender tareas agrícolas, como si la agricultura fuese posible sin crédito bancario, ni máquinas para llevarla adelante. Viene de aquí que los solicitantes de tales expropiaciones se reduzcan a explotar los montes, para abandonarlos luego.

Art. 2587 — Si la cosa expropiada no se destinare al objeto que motivó la expropiación, podrá el dueño anterior retraerla en el estado en que se la enajenó, consignando el precio o la indemnización.

Ver: art. 1º de la Ley argentina Nº 186; 60, 61 y 62 de la Ley francesa de 1841, según lo presume Villegas Basavilbaso, opus cit.: t. VI, nº 893, texto y nota 8, pág. 453.
Este tratadista comparte el parecer de Yadarola en el sentido de que la retrocesión es fundamental en una ley de expropiaciones. "El principio que gobierna esta materia, decía Yadarola, es el destino a servir una necesidad pública del bien o bienes que han de expropiarse. Cuando ese destino no se cumple; cuando la finalidad de la expropiación no se realiza, no tiene ningún sentido, ni está justificada la expropiación. Nos encontramos, pues, ante un caso en que la expropiación ha fracado, por circunstancias que el Gobierno apreciará, ya que no se ha dado al bien el destino previsto, que fue precisamente lo que justificó la autorización legislativa pertinente. No existiendo el destino a un servicio de utilidad pública que se pensó dar a ese bien cuando se operó la expropiación, es necesario autorizar al propietario a que por vía de la retrocesión, recupere el bien que no está afectado a ningún servicio ni a ningún destino público. Fracasada la expropiación, las cosas deben volver al estado que tenían antes" (ver, Diario de Sesiones, 1948, t. IV, pág. 3412 y ss.).

CAPITULO II

DE LA PROPIEDAD PRIVADAD INMUEBLE

Sección I

De la propiedad privada inmueble

Art. 2588 — Adquiérese la propiedad inmueble:
I) Por la transferencia del derecho de dominio seguida de la tradición y la inscripción del título en el Registro de la Propiedad.
II) Por la accesión.
III) Por la usucapión.
IV) Por derecho hereditario.

Ver: arts. 530 C. brasileño; 2524 incisos 4º, 6º y 7º del C. argentino; 4075 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 2398 del Anteproyecto de Bibiloni; 1481 del Proyecto argentino de 1936.
Más adelante y en el lugar que corresponda, se indicará los modos de adquirir las cosas muebles, que en el art. 2524 del C. argentino se mencionan sin referencia especial a la naturaleza de la cosa a que se refieren, como acontece con el art. 922 del C. boliviano.

Sección II

De la inscripción del título de dominio

Art. 2589 — Los títulos translativos de la propiedad de inmuebles por actos entre vivos están sujetos a su trancripción o toma de razón en el Registro de la Propiedad, como condición a que se subordinan sus efectos respecto de terceros.

Para la toma de razón de los títulos translativos del dominio de inmuebles, la Dirección del Registro exigirá del solicitante la prueba de estar en posesión de la cosa, a menos que de la escriura de transferencia conste que el predio por él adquirido es inhabitado, caso en el cual, la inscripción valdrá por tradición.

Ver: art. 200 de la Ley nº 235.
Estatuído por el in fine del art. 937 de este Código que: "Tratándose de inmuebles, el acreedor no adquirirá sobre ellos ningún derecho real antes de su tradición seguida de la toma de razón de los títulos en el Registro de la Propiedad, salvo que sean inhabitados, caso en el cual la inscripción importa su tradición", mal podíamos prestar nuestra adhesión al art. 2398 del Anteproyecto de Bibolini y 1481 del Proyecto argentino de 1936, según los cuales: "La transmisión del dominio de un inmueble convenida entre el enajenante y el adquirente, se realiza por la inscripción del acuerdo en el registro', porque consistiendo la transferencia contractual del derecho de propiedad un acto de voluntad, no se comprende que ella pueda producirse por la mera inscripción del acto traslativo del derecho cuando esta inscripción es acto de un órgano jurisdiccional del Estado, instituído al sólo efecto de dar publicidad a la transferencia respecto de terceros. El dominio ha sido adquirido entre las partes por la tradición, que es la transferencia de la posesión. Más ejerciéndose el dominio erga omnes, lógico es que la tradición, acto eminentemente privado, que no siempre se cumple ante testigos, sea inoperante respecto de terceros adquirentes de buena fe, razón por la cual se impone la necesidad de que la tradición sea seguida de la toma de razón a fin de que los terceros no puedan alegar ignorancia de la transferencia del dominio.
Si la Dirección del Registro tuviese que inscribir los actos de transmisión del dominio sin que el solicitante pruebe que ha entrado o que está en posesión del inmueble, se daría ocasión al estelionato, fraude que consiste en que el vendedor de un inmueble, por ejemplo, encubra la obligación igual que sobre la cosa ha contraído anteriormente, y que por esta maniobra desleal uno de los adquirentes sea puesto en posesión por el vendedor y el otro cuente sólo con la toma de razón de sus títulos, y ambos concurran con idénticas pretensiones sobre la cosa.
La omisión de la tradición, como modo de adquirir el dominio de los bienes raíces, y su substitución por la toma de razón de los títulos, es admitida por el parágrafo 2º del art. 200 de nuestra Ley Orgánica, en el único caso de tratarse de una posesión vacua. Más si no se trata de un inmueble deshabitado, mal podría el adquirente dirigir su acción contra el poseedor, con quien no ha tratado, ni para desalojarlo, ni reivindicarlo, sin exponerse a un pleito árduo y de larga duración. Debe él dirigirse contra el vendedor para que, a tenor de nuestro art. 1138, le haga entrega del inmueble libre de toda otra posesión. Si el tradens anticipó la tradición a otro, de qué le serviría la sola toma de razón de sus títulos si no es para obligarle a indemnizar los daños y perjuicios?
El sistema de la transferencia del dominio por la toma de razón del título en el Registro, bien está en el sistema del Registro Torrens, según el cual la propiedad inmueble puede ser trasladada por el simple endoso del título, tal cual lo esbozó Bevilaqua en los arts. 607 a 608 de su Proyecto de Código Civil, disposiciones con que él creyó echar las bases para la implantación de la propiedad catastrada, pero que la Cámara suprimió, sin perjuicio de que con posterioridad a la sanción del Código haya el Brasil implantado el Sistema del registro Torrens por Ley nº 3.446 del 31 de diciembre de 1917 (ver Bevilaqua, opus cit. III, pág. 64)
El requisito de la prueba de estar en posesión del bien raíz contractualmente adquirido para obtener que el título sea inscrito en el Registro de la Propiedad, elimina la posibilidad del estelionato ofrecido en las transacciones inmobiliarias del Derecho tradicional.

Art. 2590 — La transmisión, salvo declaración contraria, comprende los accesorios del inmueble existentes en él momento de la inscripción. Los objetos que, por su efecto, se entreguen al adquirente, o los que pasasen a poder de terceros, se regirán por las reglas generales sobre posesión de las cosas muebles.

Ver: arts. 2399 del Anteproyecto de Bibiloni; 1483 del Proyecto de 1936; 2316, 2520, 3160 del C. argentino; 926 C. alemán.

Art. 2591 — La inscripción no impide las acciones que procedan entre enajenante y adquirente para recuperar la cosa, ni tampoco las dirigidas contra terceros en los casos de anotación preventiva, respecto de los derechos constituídos después de ésta.

Ver: art. 2400 del Anteproyecto de Bibiloni; 1484 del Proyecto argentino de 1936, cuya es la redacción que adoptamos.

Art. 2592 — Serán también inscriptas:
I) Las sentencias por las cuales, se pusiese término a la indivisión.
II) Las sentencias que, en los inventarios y cuentas particionarias, se adjudicasen bienes raíces en pago de deudas de herencia.
III) Las adjudicaciones en subasta pública y en general todos los actos jurídicos entre vivos, declarativos, o modificativos de dominio.

Ver: arts. 532 C. brasileño; 2401 del Anteproyecto de Bibiloni; 1485 del Proyecto argentino de 1936; 2643 y 2645 C. italiano; 949 C. portugués; 1920 a 1922 C. venezolano; 4075, 2º 4076 y 4077 del Esboco de T. de Freitas; 182 de la ley Nº 325.

Art. 2593 — La toma de razón en el Registro de los actos sujetos a transcripción fija, respecto de terceros, la fecha de la transferencia del dominio desde el día de su inscripción, aun cuando entre partes la fecha sea la de la tradición.

Ver: art. 533 C. brasileño; 656 C. Civil suizo; 951 C. portugués; 3735 del Esboco de T. de Freitas.
Dado que el enajenante ha podido hacer la tradición o el comprador entrar en posesión del bien que hubiere adquirido, antes de la toma de razón del acto translativo del dominio, elemental es que aun antes de la inscripción del título podría el adquirente demandar para ser protegido en su posesión
Como lo hemos expresado antes de ahora, respectos de terceros la adquisición se publica desde la fecha de la toma de razón, y sólo desde entonces podría el adquirente disponer de la cosa a favor de otro, previo certificado de no gravámen expedido por la Dirección del Registro.

Art. 2594 — Para determinar la prioridad entre dos o más inscripciones de una misma fecha, relativas al mismo bien, se atenderá a la hora de presentación en el Registro de los títulos respectivos.

Se considerará como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la fecha del asiento de la presentación que deberá constar en la inscripción misma.

Ver: arts. 201 y 202 de la Ley Nº 325; 534 C. brasileño; 956 C. portugués.

Art. 2595 — Sobreviniendo quiebra o insolvencia del enajenante entre la fecha de la presentación del título o sea de su prenotado y el de su transcripción por demora del oficial, o duda juzgada improcedente, se hará, no obstante, la transcripción exigida, la que en este caso se retrotraerá a la fecha de su prenotación. Si, no obstante, al tiempo de la transcripción no se hubiese todavía pagado el inmueble, el adquirente, luego de ser notificado de la falencia o tenga conocimiento de la insolvencia del enajenante, hará depósito judicial del precio.

Ver: arts. 533 C. brasileño; 120 3ª parte del Código Civil de Zurich.

Art. 2596. — Se pierde el dominio de los inmuebles:

1) Por su enajenación;

II) Por transmisión o declaración judicial;

III) Por ejecución de sentencia;

IV) Por expropiación por necesidad pública o por utilidad social;

V) Por su abandono declarado en escritura pública, debidamente inscripta en el Registro de la Propiedad y en los demás casos previstos en este Código.

Ver: art. 1486 del Proyecto argentino de 1936; 2402 parág. 1º y 2403 del Anteproyecto de Bibiloni; 2609 y 2610 C. argentino; 4272 Inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 889 C. brasileño; 298 C. alemán; 666 C. Civil suizo; 539 C. francés.

Art. 2597 — Los inmuebles abandonados pertenecen al Estado.

Si lo abandonado fuese la parte de un condominio, ella acrecerá proporcionalmente a la de los otros comuneros. En este caso, será necesario que la declaración se haga igualmente en escritura pública.

El propietario exclusivo de una cosa, no podrá hacer abandono de sólo una parte indivisa de ella.

Ver: art. 1487 del Proyecto argentino de 1936; 2402 parágrafos 2º y 3º del Anteproyecto de Bibiloni.

Sección III

De la adquisición por accesión

Art. 2598 — Las accesión puede darse:

I) Por la formación de islas .

II) Por aluvión.

III) Por avulsión.

IV) Por abandono del álveo.

V) Por la edificación de obras y plantaciones

Ver: art. 536 C. brasileño; 4041 del Esboco de T. de Freitas.
Al tratar de cada uno de los incisos del presente artículo, indicaremos su concordancia con los otros Códigos.

De las islas

Art. 2599 — Las islas situadas en los ríos no navegables pertenecen a los propietarios ribereños, fronterizos, de acuerdo con las reglas siguientes:

I) Las que se formaren, en medio del río, se consideran acrecencia sobrevenida a las tierras ribereñas fronterizas de ambas márgenes, en la proporción de sus frentes, hasta la línea que divida el álveo en dos partes iguales.

II) Las que se formaren, entre esa línea y una de las márgenes, se consideran acrecencia de las tierras ribereñas fronterizas de ese mismo lado.

III) Las que se formaren, por el desdoblamiento de un nuevo brazo del río, continúan perteneciendo a los propietarios de las tierras a costa de las cuales se constituyeron.

Ver: arts. 537 C. brasileño; 561 y 562 C. francés; 505 y 506 C. de Luisiana; 945 parágrafo 2º y 3º y 945 C. italiano; 2295 y 2296 C. portugués; 373 y 374 C. español; 655 y 656 C. chileno; 725 y 726 C. colombiano; 688 y 689 C. ecuatoriano; 755 C. uruguayo; 565 y 567 C. venezolano; 40 7 y 408 C. austríaco; 454 y 455 C. guatemalteco; 644 y 645 C. nicaraguense; 646 y 647 C. hondureño; 63* y 637 C. del Salvador; 561 y 562 C. de la República Dominicana; 1175 y 1176 C. de Puerto Rico; 4149 a 4156 del Esboco de T. de Freitas; 2410 y 2411 del Anteproyecto de Bibiloni; 1490 y 1493 del Proyecto argentino de 1936. Omitido en el Código argentino.

Del aluvión

Art. 2600. — Las acrecencias formadas insensiblemente por depósitos y terraplenes naturales, o por el desvío de las aguas de los ríos, aunque éstos sean navegables, pertenecen a los propietarios de las tierras confinantes.

Ver: arts. 538 C. brasileño; 556 y 557 C. francés; 501 y 502 C. de Luisiana; 941 y 942 C. italiano; 366 C. español; 650 C. chileno; 720 C. colombiano; 683 C. ecuatoriano; 631 C. del Salvador; 752 C. uruguayo; 562 y 565 C. venezolano; 449 C. guatemalteco; 301 C. boliviano; 441 C. austríaco; 908 C. mexicano; 638 C. nicaraguense; 641 C. hondureño; 556 C. de la República Dominicana; 1169 C. de Puerto Rico; 2291 C. portugués; 2572 y 2574 C. argentino; 4158, 4159 y 4162 del Esboco de T. de Freitas; 2404 y 2407 del Anteproyecto de Bibiloni; 1488 y 1494 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2601 — Los propietarios de tierras que confinan con aguas durmientes, como las de los lagos o lagunas, no adquieren el suelo descubierto por la retracción de ellas, ni pierden el que ellas invadieren.

Ver: arts. 539 C. brasileño; 558 C. francés; 943 C. italiano; 653 C. holandés; 2578 C. argentino; 367 C. español; 909 C. mexicano; 563 C. venezolano; 448 C. guatemalteco; 558 C. de la República Dominicana; 1170 C. de Puerto Rico; 4170 del Esboco de T. de Freitas; en sentido contrario: art. 2297 C. portugués. Omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto argentino de 1936.

Art. 2602 — El terreno de aluvión accede a las heredades ribereñas dentro de sus respectivas líneas de demarcación, prolongadas directamente hasta el agua, respetadas las disposiciones concernientes a la navegación.

Ver: 650 primera parte del C. chileno; 540 C. brasileño; 720 primera parte C. colombiano; 683 primera parte C. ecuatoriano; 631 primera parte C. del Salvador; 641 primera parte del C. hondureño; 752 segunda parte C. uruguayo; 561 C. venezolano; 455 C. guatemalteco; 941 C. italiano; 556 primera parte C. francés; 501 C. de Luisiana; 301 C. boliviano; 2582 C. argentino; 4159 inc. 2º del Esboco de T. de Freitas; 633 C. nicaraguense; 366 C. español; 2048 del Anteproyecto de Bibiloni; 1488 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2603 — El aumento de tierra no se reputará efecto espontáneo de las aguas, cuando fuere a consecuencia de obras hechas por los ribereños. Tienen éstos el derecho de pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho; y si no fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destrucción de esas obras.

Si los trabajos hechos por uno de los ribereños no fueren simplemente defensivos, y avanzaren sobre la corriente del agua, el propietario de la otra ribera tendrá derecho a demandar la supresión de las obras.

Ver: art. 650 primera parte del C. chileno; 540 C. brasileño; 720 primera parte C. colombiano; 683 primera Ver: art. 2579 y 2580 C. argentino; 4171 del Esboco de T. de Freitas; 2406 del Anteproyecto de Bibiloni; 1489 del Proyecto argentino de 1936.

De la avulsión

Art. 2604 — Cuando la corriente de las aguas segrega de una ribera una porción de tierra y la transporta a otra heredad inferior o de la ribera opuesta, su dueño puede retirarla mientras no se haya efectuado su adhesión natural, pero no está obligado a hacerlo.

Si la avulsión fuere de cosas no susceptibles de adhesión natural, se aplicará lo dispuesto sobre las cosas perdidas.

Ver: art. 2583 y 2586 C. argentino. 2409 del Anteproyecto de Bibiloni; 1495 del Proyecto argentino de 1936; 541 C. brasileño; 559 C. francés; 994 C. italiano; 503 C. de Luisiana; 412 C. austríaco; 753 C. uruguayo; 652 C. chileno; 722 C. colombiano; 685 C. ecuatoriano; 643 C. hondureño; 633 C. del Salvador; 564 C. venezolano, 452 C. guatemalteco; 910 C. mexicano; 639 C. nicaragüense; 368 C. español; 559 C. de la República Dominicana; 1171 C. de Puerto Rico.

Art. 2605 — Si nadie reclamara la porción de tierra a que se refiere el artículo anterior dentro de un año, se considerará definitivamente incorporada al predio donde se halla, y el antiguo dueño perderá el derecho de reivindicarla o de ser indemnizado.

Ver: arts. 542 C. brasileño; 2584 y 2585 C. argentino; 4175 y 4179 del Esboco de T. de Freitas. Omitido en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936.

Del álveo abandonado

Art. 2606 — El álveo o cauce abandonado de un río público o particular, pertenece a los propietarios ribereños de las dos márgenes, sin que los dueños de las heredades por donde el río abriere nuevo cauce tengan derecho a indemnización alguna. Se entiende que los predios de ambas márgenes se extenderán hasta la mitad del álveo o cauce. Si éste separaba **heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante** de unas y otras.

Ver: arts. 544 C. brasileño; 946 C. italiano; 370 C. español; 569 C. venezolano; 757 C. uruguayo; 654 C. chileno; 724 C. colombiano; 687 C. ecuatoriano; 645 C. hondureño; 635 C. del Salvador; 914 C. mexicano; 641 C. nicaragüense; en sentido distinto: 563 del C. francés; 510 C. de Luisiana; 429 y 410 C. austríaco; 2293 C. portugués; 305 C. boliviano; y 4080 Incisos 3 y 4 del Esboco de T. de Freitas. Omitido en el Código argentino; en el Anteproyecto de Bibiloni y el Proyecto argentino de 1936.

De la edificación y plantaciones

Art. 2607 — Toda construcción o plantación existente en un terreno, se presume hechas por el propietario, y a su costa, salvo prueba en contrario.

Ver: art. 2518 C. argentino; 4200 del **Esboco** de T. de Freitas; 545 C. brasileño; 553 C. francés; 498 C. de Luisiana; 934 C. italiano; 359 C. español; 749 C. uruguayo; 555 C. venezolano; 207 parág 2º C. boliviano; 435 C. guatemalteco; 896 C. mexicano; 867 C. peruano; 628 C. nicaragüense; 553 C. de la República Dominicana; 1162 C. de Puerto Rico.

Art. 2608 — El que sembrare, plantare o edificare en finca propia con semillas, plantas o materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos yotros; pero está obligado a pagar su valor; y si hubiese procedido de mala fe, será además condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios. El dueño de las semillas, plantas o materiales, podrá reivindicarlos si le conviniere, si ulteriormente se separasen.

Ver: art. 2587 C. argentino; 554 C. francés, 557 C. holandés; 935 C. italiano. 499 C. de Luisiana; 2304 C. portugués; 360 C. español; 546 C. brasileño; 658 C. chileno; 738 C. colombiano; 701 C. ecuatoriano; 649 C. de San Salvador; 658 C. hondureño; 750 C. uruguayo; 556 C. venezolano; 298 C. boliviano; 436 C. guatemalteco; 897 C. mexicano; 870 C. peruano; 630 C. nicaragüense; 554 C. de la República Dominicana; 1163 C. de Puerto Rico; 4188, 4191, 4292, 4203 del **Esboco** de T. de Freitas; 2412 del Anteproyecto de Bibiloni; 1496 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2609 — Cuando de buena fe se ha sembrado, edificado o plantado en terreno ajeno, y sin derecho para ello, el dueño está obligado a abonar el mayor valor que por los trabajos o la construcción hubiese adquirido el bien, en el momento de la restitución. Puede impedir la demolición o deterioro de los trabajos.

No está obligado a pagar las mejoras voluptuarias. El autor podrá levantarlas, si no causare perjuicio al bien.

Si procedió de mala fe, estará obligado a la demolición o reposición de las cosas a su estado primitivo, a su costa, si lo hizo sin autorización bastante del propietario. Si éste quisiera conservar lo hecho, no podrán ser destruídas las mejoras, y deberá abonar el mayor valor que por los trabajos hubiera adquirido el bien. No deberá el valor de las mejoras voluptuarias las que podrán ser separadas.

Ver: arts. 2588 y 2589 C. argentino; 555 C. francés; 935 y 936 C. italiano; 418 C. austríaco; 499 y 500 C. de Luisiana; 546 y 547 C. brasileño; 2304, 2306 y 2307 C. portugués; 360 y 361 C. español; 668 y 669 C. chileno; 733 y 739 C. colombiano; 701 y 702 C. ecuatoriano; 653 y 659 C. hondureño; 649 y 650 C. del Salvador; 750 y 751 C. uruguayo; 299 y 300 C. boliviano; 556 y 557 C. venezolano; 898 a 992 C. mexicano; 436 a 439 C. guatemalteco; 868 C. peruano; 629 a 633 C. nicaraguense; 554 y 555 C. de la República Dominicana; 1161 a 1166 C. de Puerto Rico; 671 a 673 C. Civil suizo; 946 C. alemán; 4188, 4191, 4202, 4203, 4194 y 4199 del Esboco de T. de Freitas; 24 2 a 2414 del Anteproyecto de Bibiloni; 1496 a 1498 del Proyecto argentino de 1936.
Sobre las reformas de los arts. 2588 y 2589 del C. argentino, ver la nota de Bibiloni a los arts. 2413 y 2414 de su Anteproyecto (opus cit. t. III, pág. 93, edición Kraft).

Art. 2610 — Cuando haya habido mala fe, no sólo por parte del que edifica, siembra o planta en terreno ajeno, sino también por parte del dueño, se arreglarán los derechos de uno y otro según lo dispuesto respecto del edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra o plantación, se hiciere a vista y ciencia de él y sin oposición suya.

Ver: arts. 2590 C. argentino; 548 C. brasileño; 364 C. español; 903 y 905 C. mexicano; 1167 C. de Puerto Rico; 440 C. guatemalteco; 634 C. nicaraguense; 407 Goyena; 2415 del Anteproyecto de Bibiloni; 1499 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2611 — El dueño no está obligado, en caso alguno, a abonar las impensas y mejoras útiles, posteriores a la notificación de la demanda. Debe las necesarias.

Ver: arts. 2416 del Anteproyecto de Bibiloni; 994 y 996 C. alemán; 1500 del Proyecto argentino de 1936. Sobre los fundamentos, ver la nota de Bibiloni al art. 2416 de su Anteproyecto (t. III, pág. 95, edición Kraft).

Art. 2612 — Lo dispuesto en el art. 2608 se aplicará también en el caso del que de buena fe empleó semillas, plantas o materiales ajenos en terreno ajeno.

El propietario de las semillas, plantas o materiales podrá cobrar del propietario del suelo la indemnización debida si no pudiera cobrarla del plantador o constructor.

Ver: arts. 549 C. brasileño; 365 C. español; en otro sentido, ver: 937 C. italiano; 2591 C. argentino; 560 C. venezolano; 906 C. mexicano; 951 C. alemán; 2417 del Anteproyecto de Bibiloni; 1501 del Proyecto argentino de 1936; 635 C. nicaraguense.

Art. 2613 — El poseedor, en el caso del art. 2609 parágrafo 1º, tiene derecho de retención, y en el caso del parágrafo 2º del mismo precepto, lo tendrá hasta que el propietario haya optado por la demolición, y en su caso, hasta ser pago de la indemnización debida.

Ver: art. 2418 del Anteproyecto de Bibiloni; 1502 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2623 — El caheredero o copartícipe en una masa de bienes o condominio de un inmueble, adquiere por la prescripción de veinte años la parte de los demás cuando la indivisión ha cesado de hecho por obrar públicamente como único propietario y haber tomado la posesión excluyente de los bienes.

Cuando la posesión excluyente ha sido sólo de una parte alícuota o de bienes determinados, la prescripción no se extiende más allá, y la indivisión subsistirá respecto de los bienes y partes restantes.

Ver: art. 4000 C. argentino que queda modificado en consideración a lo dispuesto por los arts. 3460 y 3461 del mismo cuerpo legal; 3467 del Anteproyecto de Bibiloni; 1642 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2624. — Cuando una cosa mueble, cuya transferencia exija inscripción en el Registro, hubiese sido robada o perdida, podrá su poseedor usucapirla en el término de dos años computados desde que fuera anotada a su nombre. El plazo se extenderá a tres años, para aquellas cosas muebles que en el mismo supuesto no requieran ser inscriptas.

La posesión deberá ser en ambos casos, de buena fe, contínua y en calidad de dueño.

Ver: arts. 3461 del Anteproyecto de Bibiloni; 1540 del Proyecto argentino de 1936; 728 C. Civil suizo (que exige la posesión de 5 años); 937 C. alemán (exige 10 años); 2279 C. francés; 2014 C. holandés; 3472 C. de Luisiana etc. (exigen 3 años).

Art. 2625. — La usucapión fundada en título inscripto produce efecto en daño de las personas que hubieran constituído sus derechos después de la fecha de la inscripción, salvo si hubiese una prenotación contraria.

Ver: art. 3458 del Anctproyecto de Bibiloni; 1553 del Proyecto argentino de 1936; 24 del Proyecto de la Comisión francesa extraparlamentaria de Catastro (Ir Bibiloni, t. III, pág. 610, edición Kraft).

Art. 2626. — La posesión debe ser pública y ejercida de acuerdo con el derecho acreditado con el título. Si éste fuese traslativo de dominio, y se hallare inscripto, se presumirá que la posesión es contínua desde la fecha de la inscripción en el registro.

Ver: arts. 3447 del Anteproyecto de Bibiloni; 1458 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2627. — La buena fe exigida por el art. 2615, es la creencia sin duda alguna en el poseedor de ser el señor exclusivo de la cosa, como titular legítimo del derecho.

Ver: arts. 4006 C. argentino; 1549 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2628. — Será justo título para la usucapión aquel que teniendo por fin transmitir el dominio o un derecho real, reviste las solemnidades exigidas para su validez, sin consideración a la condición y derechos de la persona de quien emana.

El título nulo por efecto de forma, no puede servir de base a la usucapión.

Ver: arts. 4010 y 4012 C. argentino; 3451 del Anteproyecto de Bibiloni; 1550 del Proyecto argentino de 1936; 3449 C. de Luisiana.

Art. 2629. — El título debe ser verdadero y aplicado en realidad al inmueble poseído. El título putativo no es suficiente, cualesquiera que sean los fundamentos del poseedor para creer que tenía un título suficiente.

Ver: arts. 4011 C. argentino; 3453 del Anteproyecto de Bibiloni; 1552 del Proyecot argentino de 1936.

Art. 2630. — Aunque la nulidad del título sea meramente relativa al adquirente de la cosa, no podrá éste usucapir contra terceros ni contra aquellos mismos de quienes emana el título.

Ver: arts. 4013 C. argentino; 3454 del Anteprcyecto de Bibiloni.

Art. 2631. — El título subordinado a una condición suspensiva no es eficaz para la usucapión sino desde su cumplimiento. El sometido a condición resolutoria es útil desde su origen para la usucapión, salvo el caso de que haya acaecido.

Ver: arts. 4014 C. argentino; 3455 del Anteproyecto de Bibiloni; 1552 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2632. — Las reglas de la presente Sección son aplicables al usufructo, uso y habitación y servidumbres prediales, en los casos previstos dentro del presente Libro.

Ver: arts. 3455 del Anteproyecto de Bibiloni; 1554 del Proyecto argentino de 1936.

Sección V

De las restricciones y límites del dominio o de los derechos de vecindad

Del uso nocivo de la propiedad

Art. 2633. — El propietario está obligado, en el ejercicio de su derecho, especialmente en los trabajos de explotación industrial, a abstenerse de todo exceso en detrimento de la propiedad del vecino.

Quedan prohibidos en particular las emisiones de humo o de hollín, las emanaciones molestas, los ruidos, las trepidaciones de efecto perjudicial y que excedan los límites de la tolerancia que se deben los vecinos en consideración al uso local, a la situación y a la naturaleza de los inmuebles.

El propietario o el inquilino o el usufructuario de un predio tiene derecho a impedir que el mal uso de la propiedad vecina pueda perjudicar la seguridad, el sociego y la salud de los que lo habitan.

Ver: arts. 684 C. Civil suizo; 906 C. alemán; 554 C. brasileño; 4233 del Esboço de T. de Freitas.

El derecho del propietario o del inquilino molestado por el ejercicio abusivo del derecho del propietario vecino se traduce en la acción **damni infecti**, por medio de la cual se puede exigir una caución de daño inminente, **cautio damni infecti**, o la responsabilidad del autor por los daños y perjuicios que cause. El juez decidirá si hay o no exceso en el ejercicio del derecho de propiedad, de acuerdo con las circunstancias. Una cosa es que el humo o el hollín sean exhalados desde una casa situada en una localidad agrícola, y otra que el hecho ocurra en la ciudad, donde las casas están muy próximas las unas a las otras.

No sería lo mismo el humo salido de una cocina que las emanaciones de gas, humos deletéreos arrojados por una fábrica de productos químicos; ni el desague de un albañal que la descarga de aguas sucias de materias fecales, aguas impuras.

Según la doctrina civil suiza el que vende un inmueble para la instalación de una fábrica, no puede quejarse del ruido que la fábrica produzca, porque debía preverlo como consecuencia inmediata y fatal de la venta consentida por él.

Las molestias pueden perjudicar tanto a un inmueble, como a las personas que viven de una manera permanente en él. La idea de molestia incluye la ejecución abusiva de música automática, sobre todo en las horas de reposo y de sueño. (ver: Curti-Forrer, opus cit. pág. 529).

A estar a lo dispuesto por el art. 906 del C. alemán, si los inconvenientes causados por las exhalaciones de gas, vapor, olores, humos, hollín, calor, ruidos, trepidaciones y demás reacciones procedentes del predio vecino, son insignificantes, propios del uso normal del fundo de donde proceden, según las costumbres del lugar, debe el propietario del inmueble invadido soportar esas incomodidades. (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 513).

Art. 2634. — El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad o continuidad, viene a ser intolerable para ellos, y excede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad.

Ver: arts. 2618 C. argentino; 2473 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2635. — Aunque la obra, o el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la Administración, los jueces pueden acordar indemnizaciones a los vecinos, mientras existan esos establecimien-

tos. La indemnización se determinará según el perjuicio material causado a las propiedades, y según la disminución del valor locativo o venal que ellas sufran.

Ver: arts. 2619 C. argentino; 2477 del Anteproyecto de Bibiloni; 1567 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2636. — Los trabajos o las obras que sin causar a los vecinos un perjuicio positivo, o un ataque a su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entonces, no les dan derecho a una indemnización de daños y perjuicios. Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeuntes, bajo pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare.

1ª Parte: arts. 2620 C. argentino; 2474 del Anteproyecto de Bibiloni; 1562 del Proyecto argentino de 1936.
2ª Parte: arts. 2616 del C. argentino; 2472 primera parte del Anteproyecto de Bibiloni; 1561 del Proyecto argentino de 1936; 906 C. alemán.
Dejamos de reproducir la segunda parte del art. 2472 del Anteproyecto de Bibiloni, por tenerlo ya contemplado en el art. 2576 del presente Código.

De los árboles limítrofes

Art. 2637. — El árbol, cuyo tronco estuviere en la línea divisoria, se presume que pertenece en común a los dueños de los predios confinantes, y cada uno de los condóminos podrá exigir que sea arrancado si le causare perjuicio. Y si cayese por algún accidente no podrá ser replantado sin consentimiento del otro vecino.

Lo mismo se observará respecto de los árboles comunes por estar su tronco en el extremo de dos terrenos de diversos dueños.

Ver: Arts. 2745 C. argentino; 673 C. francés; 710 C. holandés; 899 C. italiano; 923 C. alemán; 2319 C. portugués; 687 C. de Luisiana; 406 C. boliviano; 859 C. chileno; 917 C. colombiano; 914 C. ecuatoriano; 861 C. del Salvador; 838 C. hondureño; 556 C. brasileño; 699 C. venezolano; 611 C. uruguayo; 1656 C. nicaraguense; 970 C. mexicano; 673 C. de la República Dominicana; 2844 del Anteproyecto de Bibiloni; 1610 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2638. — Los frutos caídos del árbol del terreno vecino pertenecen al dueño del suelo donde caigan, si éste fuese propiedad particular.

Art. 557 C. brasileño; 911 C. alemán; 625 C. nicaraguense.
Dos son los sistemas legislativos en esta materia:
I) el romano, según el cual el propietario del árbol cuyos son los frutos caídos en el predio vecino, tiene derecho a recogerlos tertio utroque die, seguido por el Código Civil suizo, cuando el suelo vecino no es cultivado o no está edificado, (art. 687), regla no aplicada a los bosques limítrofes; y también por el Código Civil portugués (art. 2318), pero con cargo de pagar los daños y perjuicios que por la recolección de los frutos se ocasione al propietario.
II) el germano (art. 363 del Código sajón, consagrado por el 911 del C. alemán, y a su imitación por el art. 557 del C. brasileño), según el cual, se presume que los frutos caídos de un árbol o arbusto sobre un inmueble vecino son frutos de este inmueble, salvo que el suelo sobre el cual cayeren fuere de uso público, como un camino, caso en el cual los frutos caídos prtenecen al propietario de los árboles, o del que los adquiera de conformidad con los arts. 952 a 957 del mismo Código.
En principio esta decisión no rechaza la solución romana. Sólo inspirada en el deseo de evitar las controversias que con frecuencia suscitan las caídas de frutos sobre el predio vecino, no dispone de modo absoluto que éstos pertenecen al propietario del suelo sobre el que caen, sino que se limita a suponer que son frutos de este suelo y que en consecuencia pertenecen a su propietario.
Nada importa la causa de la caída de los frutos (madurez, viento, acción de un tercero). El vecino no es propietario de los frutos que haya recogido. Si para recogerlos ha sacudido el árbol, aquirirá la propiedad de los frutos, pero responderá de los daños y perjuicios en las condiciones previstas por el art. 823. (ver: Bufnoir y demás traductores y notadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 518).
Mas el art. 557 del Código brasileño atribuye la propiedad de los frutos caídos al dueño del inmueble sobre el cual cayeron, salvo que éste sea de uso público, caso en el cual, el dueño del árbol conserva la propiedad sobre los frutos que sobre él cayeren. (Bevilaqua, t. III, pág. 99).

Art. 2639 — El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino a distancia de tres metros de la línea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico o urbano, esté o no cerrado, o aunque sean ambas heredades de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino a distancia de un metro.

Ver: arts. 2628 C. argentino; 671 C. francés; 892 C. italiano; 713 C. holandés; 687 C. de Luisiana; 781 C. español; 846 C. mexicano; 613 C. uruguayo; 702 C. venezolano; 404 C. boliviano; 671 C. de la República Dominicana; 2480 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936.

Del paso obligatorio

Art. 2640. — Si entre una finca y un camino público faltase la necesaria comunicación para una explotación regular, podrá el propietario de la finca encerrada exigir de los vecinos que toleren, mientras sea necesario el uso de sus predios para establecer dicha comunicación. La dirección del paso obligatorio y la extensión del uso deberán fijarse judicialmente si las partes no acordasen en ello.

Los vecinos cuyas fincas accedan al camino público no pueden reclamar indemnización alguna, por el paso normal, salvo el caso de que con ocasión del paso se les cause intencionalmente un daño patrimonial, valuable en dinero.

Ver: arts. 917 C. alemán; 694 C. Civil suizo; 395 al 400 C. costarricense; 2309 C. portugués; 660 C. venezolano; 559 C. brasileño; todos los cuales disciplinan el paso forzoso u obligatorio, no como servidumbre de tránsito, sino como una limitación del dominio, determinada por la situación jurídica de la vecindad.

Las fuentes romanas no hablan del paso obligatorio sino para llegar a una tumba, pero en la práctica, este derecho fue extendido a todos los casos de encerramiento de un inmueble sin acceso a la vía pública. En Derecho francés y sajón se considera esta facultad como una obligación legal que incumbe a los propietarios de los inmuebles intermedios, una restricción legal al derecho de propiedad. La intervención conferida al juez es sólo al efecto de determinar la dirección y el modo de usar del paso obligatorio. El art. 917, parágrafo 2º del C. alemán dispone que "El vecino a quien el paso le fuere impuesto debe ser indemnizado mediante una renta en dinero", disposición inconciliable con la función social de la propiedad, que es un principio constitucional de nuestro derecho. (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores del C. alemán, t. II, pág. 525 y Bevilaqua, t. III, pág. 100).

El art. 95 del Código Rural paraguayo estatuye que: "Los propietarios de fundos que tengan más de cinco kilómetros de frente sobre los caminos y cuya superficie sea mayor de un mil hectáreas, están obligados a dejar por cada cinco kilómetros un portón o tranquera que permita fácilmente el acceso de las tropas de ganados y carros en tránsito, a los efectos de su pastoreo y brabaje".

"Quedan exceptuados de esta obligación los dueños de campos con pastos artificiales".

Hénos así que también por nuestra legislación rural se contempla el paso obligatorio, no como servidumbre de tránsito, sino como restricción o deber de vecindad establecido en consideración a la función social de la propiedad.

Regulan esta materia, como servidumbre: los códigos francés (art. 682 y 683); C. italiano (art. 1051); C. holandés (715); de Luisiana (696); español (564 y 565); argentino (3068); chileno (847); colombiano (905); ecuatoriano (901); salvadoreño (849); hondureño (826); venezolano (660); uruguayo (581); peruano (974); mexicano (1097); nicaraguense (1627); etc., y 4289 inc. 2º 4292 del Esboço de T. de Freitas; 2731 del Anteproyecto de Bibiloni; 1694 del Proyecto argentino de 1936.

De las aguas

Art. 2641 — Las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las heredades donde cayesen, o donde entrasen, y les es libre disponer de ellas, o desviarlas, en detrimento de los terrenos inferiores, si no hay derecho adquirido en contrario.

Todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, o que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido.

Ver: arts. 2635 y 2636 C. argentino; 4270 y 4271 del Esboço de T. de Freitas; 2475 del Anteproyecto de Bibiloni; 1577 del Proyecto argentino de 1936.

Exacta es la observación que hace Bibiloni del sensible error de traducción del art. 4270 del Esboço de T. de Freitas, en el texto del art. 2365 del Código argentino, donde dice: 'sin detrimento" cuando el original dice: "em detrimento dos donos dos terrenos inferiores, a nao haver direito adquirido em contrario". El aprovechamiento de las aguas pluviales por el propietario de la heredad donde caen y de las que caigan en lugares públicos, como las calles, caminos, plazas etc., se legitima por aplicación del principio según el cual es permitida la apropiación de la res nullius.

El derecho de desviar dichas aguas "en detrimento de los terrenos inferiores", tal como reza el texto del art. 2635 del C. argentino, si se substituye la preposición separativa y negativa "sin" por la preposición "en" de la redacción de su fuente, podría resultar inexplicable sin el agregado que dice: "de no haber o si no hay derecho adquirido en contrario", tal como lo esbozó T. de Freitas.

Art. 2642 — Los dueños de terrenos, en los cuales surjan aguas, podrán usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural, sin que el hecho de correr sobre los fundos inferiores acuerde derecho alguno a sus propietarios.

Cuando sean aguas que corran naturalmente, pertenecen al dominio público, y el dueño del terreno sobre el cual corran no podrá cambiar su dirección. Le será permitido, sin embargo, usar de tales aguas para las necesidades de su heredad.

Ver: arts. 2637 C. argentino; 4259 a 4261 del Esboco de T. de Freitas; 563 C. brasileño; 640 C. francés; 673 C. holandés; 2282 C. portugués; 689 C. Civil suizo; 552 C. español; 910 C. italiano; 833 C. chileno; 891 C. colombiano; 887 C. ecuatoriano; 812 C. hondureño; 834 C. del Salvador; 558 C. uruguayo; 379 C. boliviano; 1071 C. mexicano; 1351 C. de Puerto Rico; 2485 del Anteproyecto de Bibiloni; 1571 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2643 — Los terrenos inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, sin que para eso hubiese contribuído el trabajo del hombre.

No pueden ser empleadas en un uso que las haga perjudiciales a las heredades inferiores. El propietario superior no puede hacer acto alguno que agrave la sujeción del fundo inferior.

Ver: arts. 2647 y 2638 C. argentino; 4251 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; y los códigos citados en la nota anterior; 2486 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1578 parág. 1º y 4º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2644 — Lo dispuesto en el primer párrafo del artículo anterior no comprende las aguas subterráneas que salen al exterior por algún trabajo del arte; ni las aguas pluviales caídas de los techos, o de los depósitos en que hubiesen sido recogidas, ni las aguas servidas que se hubiesen empleado en la limpieza doméstica o en trabajos de fábrica. El dueño del predio inferior puede demandar que estas aguas sean desviadas, o que se le indemnice el perjuicio que sufriere.

Ver: arts. 2648 C. argentino; 4253 del Esboco de T. de Freitas; 1072 C. mericano; 640 parágrafo 3º C. francés; 461 C. portugués; 564 C. brasileño; 2487 del Anteproyecto de Bibiloni; 1578 parág. 2º del Proyecto argentino de 1926.
Como bien dice Bibiloni, ninguno de los escritores citados en la nota al art. 2648 del C. argentino, dicen nada a este propósito. La fuente del precepto es el art. 4253 del Esboco de T. de Freitas.

Art. 2645 — Están igualmente obligados los dueños de terrenos inferiores a recibir las arenas y piedras que las aguas pluviales arrastren en su curso, sin que puedan reclamarlas los propietarios de los terrenos superiores.

Ver: arts. 2649 C. argentino; 2488 del Anteproyecto de Bibiloni; 1579 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2646 — El dueño del terreno inferior no puede hacer dique alguno que contenga o haga refluir sobre el terreno superior, las aguas, arenas o piedras que naturalmente desciendan a él, y aunque la obra haya sido vista y conocida por el dueño del terreno superior, puede éste pedir que el dique sea destruído, si no hubiese comprendido el perjuicio que sufriría, y si la obra no tuviese veinte años de existencia.

Verc arts. 2651 C. argentino; 2489 del Anteproyecto de Bibiloni; 1579 segunda parte del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2647 — El que hiciere obras para impedir la entrada de aguas que no está obligado a recibir en su terreno, no responderá por el daño que tales obras pudieren causar.

Ver: arts. 2652 C. argentino; 4258 del Esboco de T. de Freitas; 2490 del Anteproyecto de Bibiloni; 1578 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2648 — Los propietarios limítrofes con los ríos o lagos que sirven para la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del lago, sin indemnización alguna.

Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna.

Ver: arts. 2639 C. argentino; 2491 del Anteproyecto de Bibiloni; 1572 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2649. — Si el río atravesare alguna ciudad o población, la respectiva Municipalidad podrá reducir el ancho de la calle pública, pero no podrá dejarla de menos de quince metros.

Ver: arts. 2640 C. argentino; 2492 del Anteproyecto de Bibiloni; 1572 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2650 — Si los ríos fueren navegables o flotable está prohibido el uso de sus aguas que de cualquier modo estorbe o perjudique la navegación o el libre paso de los medios de transporte fluvial.

Ver: arts. 2641 C. argentino; 4262 Inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 2493 del Anteproyecto de Bibiloni; 1573 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2651 — Es prohibido a los ribereños de todo curso natural de aguas, alterarlo, excavar el álveo, o efectuar derivaciones, sin concesión especial de la autoridad competente.

Ver: arts. 2642 C. argentino; 4262 Inc. 2º del ósboco de T. de Freitas; 2494 del Anteproyecto de Bibiloni; 1573 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2652. — Si las aguas se estancasen, corriesen más lentas o impetuosas, o torciesen su curso natural, los ribereños a quienes tales alteraciones perjudiquen, podrán remover los obstáculos, construir obras defensivas, o reparar las destruídas, con el fin de que las aguas se restituyan a su estado anterior.

Ver: arts. 2643 C. argentino; 4263 Inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 2495 del Anteproyecto de Bibiloni; 1574 parág. L del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2653 — Si tales alteraciones fueren motivadas por caso fortuito o fuerza mayor, corresponden al Estado los gastos necesarios para volver las aguas a su estado anterior. Si fueren motivadas por culpa de alguno de los rebereños, que hiciese obra perjudicial, o destruyese las obras defensivas, los gastos serán pagados por él, a más de la indemnización del daño.

Ver: arts. 2644 C. argentino; 4263 Inc. 2º y 3º del Esboço de T. de Freitas; 2495 parág. 2º del Anteproyecto de Bibiloni; 1574 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2654 — Ni con licencia del Estado podrán los ribereños extender sus diques de represas, más allá del medio del río o del arroyo.

Tampoco les será permitido, sin el consentimiento de los otros ribereños, represar las aguas de los ríos o arroyos, de manera que las alcen fuera de los límites de su propiedad, hagan más profundo el cauce en el curso superior, o inunden los terrenos inferiores, ni detenerlas de manera que los vecinos queden privados de ellas.

Ver: arts. 2646 y 2645 C. argentino; 640 C. francés; 656 C. de Luisiana; 2497 y 2496 del Anteproyecto de Bibiloni; 1575 parág. 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936.

Del derecho de construir

Art. 2655 — Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída, o los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar a los vecinos o transeúntes, bajo la pena de satisfacer los daños e intereses que por su negligencia les causare.

En caso de que haya peligro de perjuicio para la propiedad vecina, su dueño podrá exigir las medidas de seguridad necesarias.

Ver: arts. 2616 C. argentino; 666 C. de Luisiana; 685 C. Civil suizo; 908 C. alemán; 861 C. peruano; 2053 C. italiano; 572 C. brasileuo; 2472 del Anteproyecto de Bibiloni; 1561 del Proyecto argentino de 1936.
El in fine de nuestro artículo deroga lo dispuesto en el art. 1132 del C. argentino, evidente error del legislador. Ver nota de Bibiloni al art. 2472 de su Anteproyecto (t. III, pág. 119).

Art. 2656 — Nadie puede construir cerca de una pared medianera o divisoria, obras, o efectuar trabajos que causen humedad; establos, depósitos de sal o de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor, u otras fábricas, o empresas peligrosas a la seguridad, solidez y salubridad de los edificios, o nocivas a los vecinos, sin guardar las distancias prescriptas por los reglamentos municipales y usos del país, todo sin perjui-

cio de lo dispuesto por el art. 2636. A falta de reglamentos se recurrirá a juicio de peritos.

Si a pesar de haberse observado los reglamentos, fuesen nocivos para el vecino los trabajos, podrá éste exigir su demolición, y la indemnización que proceda.

Ver: arts. 2621 C. argentino; 525 de Goyena; 674 C. francés; 688 a 691 C. de Luisiana; 703 C. holandés; 890 C. italiano; 2338 C. portugués; 578 y 582 C. brasileño; 612 C. uruguayo; 845 C. mexicano; 701 C. venezolano; 859 a 861 C. peruano; 2475 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2657 — El que quiera hacer una chimenea, o un fogón u hogar, contra una pared medianera, debe hacer construir un contramuro de ladrillo o piedra de diez y seis centímetros de espesor.

El que quiera hacer un horno o fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío o intervalo, entre la pared y el horno o fragua, de dieciseis centímetros.

El que quiera hacer pozos, con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera o no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetro de espesor.

Ver: arts. 2622, 2623 y 2624 C. argentino; 689 a 691 C. de Luisiana; 674 C. francés; 890 y 891 C. italiano; 703 C. holandés; 2338 C. portugués; 583 y 585 C. brasileño; 2476 del Anteproyecto de Bibiloni; 1563 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2658 — El propietario de una heredad contigua a un muro medianero, no puede apoyar en él obras o construcciones, ni usarlo de manera alguna.

Ver: arts. 2478 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; contra: art. 2626 que así queda derogado; y 579 C. brasileño.

Art. 2659. — Si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios, u otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, o pasar obreros, o materiales, el dueño de éste no tendrá derecho para impedirlo, siendo a cargo del que construyese la obra la indemnización del daño que causare. Toda oposición será resuelta por el Juez en juicio breve y sumario.

Ver: arts. 2627 Código; 4235 del Esboco de T. de Freitas; 2479 del Anteproyecto de Bibiloni; 1564 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2660 — Ningún medianero podrá abrir ventanas o troneras en pared medianera sin consentimiento del condómino.

Ver: art. 2654 C. argentino; 530 de Goyena; 874 inc. 1º C. chileno; 932 parág. 1º C. colombiano; 936 C. ecuatoriano; 853 C. hondureño; 876 C. salvadoreño; 616 C. uruguayo; 704 C. venezolano; 2498 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 7º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2661 — El dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena, puede abrir en ella ventanas para recibir luces, a tres metros de altura del piso de la pieza a que se quiera dar luz, con rejas de hierro cuyas barras no dejen mayor claro, que sesenta y dos milímetros.

En las luces de las escaleras la altura se medirá desde la grada más elevada frente a la ventana.

No tiene derecho, en tal caso, para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que cierre las ventanas y le prive de las luces.

Ver: arts. 2655 y 2657 C. argentino; 531 de Goyena; 676 y 677 C. francés; 875 y 876 C. chileno; 933 C. colombiano; 397 C. ecuatoriano; 852 C. hondureño; 875 C. salvadoreño; 900 y 901 C. italiano; 617 C. uruguayo; 705 C. venezolano; 409 a 411 C. boliviano; 654 C. guatemalteco; 849 y 850 C. mexicano; 581 C. español; 406 C. costarricense; 676 y 677 C. de la República Dominicana; 1772 C. de Puerto Rico; 2499 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 8º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2662 — Esas luces no constituyen una servidumbre, y el dueño de la finca o propiedad contigua, puede adquirir la medianería de la pared, y cerrar las ventanas de luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera.

Ver: arts. 2656 C. argentino; 531 parág. 2º de Goyena; 2500 del Anteproyecto de Bibiloni; 1569 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2663 — Ningún medianero podrá abrir ventanas o troneras en pared medianera, sin consentimiento del condómino.

Ver: arts. 2654 C. argentino; 675 C. francés; 692 C. de Luisiana; 398 C. boliviano; 874 parág. 1º C. chileno; 932 parág. 1º C. colombiano; 936 parág. 1º C. ecuatoriano; 853 C. hondureño; 876 C. salvadoreño; 580 C. español; 1771 C. de Puerto Rico; 903 parág. 2º C. italiano; 616 C. uruguayo; 704 C. venezolano; 675 C. de la República Dominicana; 653 C. guatemalteco; 2498 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 7º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2664 — No se puede tener vistas sobre el predio vecino, sea cerrado o abierto, por medio de ventanas, balcones u otros voladizos, a menos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria.

Tampoco pueden tener vistas de costado u oblícuas, sobre propiedad ajena, si no hay sesenta centímetros de distancia.

Las distancias se cuentan desde el paramento exterior de la pared, o de los voladizos, en su caso; y para las oblícuas desde el límite de las dos propiedades.

Ver: arts. 2658, 2659 y 2660 C. argentino; 678, 679, 680 C. francés; 905 y 906 C. italiano; 693 C. de Luisiana; 582 y 583 C. español; 878 C. chileno; 935 C. colombiano; 940 C. ecuatoriano; 856 C. hondureño; 879 C. salvadoreño; 1773 C. de Puerto Rico; 678 y 679 C. de la República Dominicana; 618 C. uruguayo; 412 y 413 C. boliviano; 706 y 707 C. venezolano; 655 y 656 C. guatemalteco; 851 y 852 C. mexicano; 407 y 408 C. costarricense; 533 de Goyena; 2501 del Anteproyecto de Bibiloni; 1560 inc. 9º del Proyecto argetino de 1936.

De la demarcación entre predios

Art. 2665 — Todo propietario de una heredad puede obligar al dueño del predio lindero a proceder con él a la demarcación de los dos predios, avivar rumbos apagados y a renovar mojones destruidos o arruinados, repartiéndose proporcionalmente entre ambos interesados los gastos respectivos.

Ver: arts. 569 C. brasileño; 646 C. francés; 678 C. holandés; 659 C. de Luisiana; 2340 C. portugués; 950 C. italiano; 919 C. alemán; 850 C. austríaco; 384 C. español; 669 C. Civil suizo; 385 C. boliviano; 842 C. chileno; 900 C. colombiano; 896 C. ecuatoriano; 821 C. hondureño; 843 C. salvadoreño; 590 C. uruguayo; 550 C. venezolano; 841 C. mexicano; 625 C. guatemalteco; 296 C. costarricense; 1657 C. nicaraguense; 646 C. de la República Dominicana; 2746 y 2752 C. argentino; 2502 del Anteproyecto de Bibiloni; 1813 y 1814 del Proyecto argentino de 1936; 4222 inc. 3º y 4225 del Esboco de T. de Freitas.

Trátase en el presente caso de la **actio finium regundorum**, como facultad inherente al dominio, y obligación de corresponder a esta exigencia, como limitación de la propiedad derivada de la vecindad. Ella compete al propietario y al usufructuario, pero no al mero poseedor **tanquaam dominus**. Esta acción es por regla general aplicada a los predios rústicos (ver Bevilaqua, t. III, pág. 109).

Bibiloni, en la larga y substanciosa nota preliminar a los arts. 2502 a 2506 de su Anteproyecto, ha puesto de relieve lo que hay de confusión de ideas en los arts. 2746 a 2755 del Código argentino, según los cuales, la confusión de límites entre dos heredades que no son comunes, establece una presunción de condominio entre sus propietarios, limitada a la parte indecisa (art. 2746). Y esta confusión autorizaría a los condóminos a pedir que los trámites confusos se investiguen y demarquen. Más si la determinación es de los títulos mismos acerca de los cuales los propietarios no están conformes, o si se hubieran destruído los mojones, o surgiera cualquier controversia sobre el límite mismo, ya no procedería la presunción de condominio, ni la acción de deslinde, sino la acción reivindicatoria, que casualmente no puede ser ejercida sin que los límites sean determinados con precisión, desde que no se reivindican cosas indeterminadas y vagas en su ubicación (art. 2747).

Han de bastar estas consideraciones para abandonar en esta parte el antecedente del Código argentino, que hasta aquí hemos venido observando casi fielmente. La acción de deslinde deriva de la vecindad de dos fundos contiguos. Viene de aquí que los códigos modernos ubiquen su disciplina entre los derechos que nacen de esa vecindad, tal como el brasileño (569); el alemán (919); el C. civil suizo (669); el italiano de 1942 (950) etc. La Comisión argentina de Reformas del Código trasladó esta materia a las arts. 1813 a 1817 del Proyecto de 1936, bajo el título de la **"Protección de los derechos reales"**, con que entendió rectificar los sensibles errores del Código de Velez Sarsfield.

Art. 2666 — La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contiguidad de dos heredades, no separadas por edificios, muros o cercas, u otras obras permanentes, a menos que éstas cercas hayan sido removidas por uno de los vecinos sin el consentimiento del lindero sobre rumbos o mojones unilateralmente fijados.

La acción de deslinde compete únicamente a los titulares de derechos reales sobre el terreno, y se da contra los que posean la heredad contigua. Actor y demandado pueden pedir la citación de los demás titulares de derechos reales, para que la sentencia que se dicte en el juicio cause cosa juzgada a su respecto.

Dicha acción podrá dirigirse contra el Estado respecto de los bienes raíces de su dominio privado.

Ver: art. 2504 del Anteproyecto de Bibiloni; sólo en parte trasegado al art. 1813 del Proyecto argentino de 1936. Aún ceñido, como está, el presente artículo al texto del art. 2504 del Anteproyecto de Bibiloin, precede virtualmente al 2503 del mismo esbozo, que, a nuestro juicio, debe seguirle, como se verá en seguida. Dado lo preceptuado por el art. 2748, del Código argentino, el cambio observable entre este artículo y el artículo sub examen es sólo de forma, no de substancia. La acción de deslinde no se conciba cuando entre una heredad y otra media una calle, por ejemplo. Su contiguedad es esencial. Tampoco se la admite cuando ambas heredades están separadas por edificios o muros, porque no hay por qué deslindar lo que está ya deslindado. Las fincas linderas, pueden estar en el radio municipal de una ciudad, sin ser predios urbanos si es que son heredades deshabitadas o sea posesiones vacuas. Pueden estar cercadas en el límite separativo, y dar a la acción de deslinde, si el cerco ha sido construido fuera del rumbo fijado en el título, por la obra arbitraria de uno de los propietarios linderos. Muchos casos se ofrecen de remoción caprichosa de mojones hecha sin consultar con la voluntad del propietario lindero. En tal supuesto no es la acción reivindicatoria la que procede, como lo preceptúa el art. 2747 del Código argentino, sino sólo la acción de deslinde.
La acción de deslinde no sólo compete al propietario, sino a todos los titulares de derechos reales, como el usufructuario, por ejemplo.
Si una de las fincas comprometidas en la acción perteneciese en condominio a más de una persona, lógico es que quien promueva la acción de deslinde, los demande a todos para que vengan al juicio a ventilar sus derechos y someterse a sus consecuencias.
El Estado, propietario de inmuebles que hacen parte de su dominio privado, es pasible, como cualquier particular, de la acción de deslinde.

Art. 2667. — Si hubiese confusión de límites o contestación sobre ellos, se fijarán por el juez, de acuerdo con los títulos respectivos, y en defectos de datos suficientes, de acuerdo con la posesión. Si no pudiesen determinarse por esos medios, resolverá el juez con arreglo a la equidad teniendo en consideración los hechos demostrados.

Si se plantearan acciones reales, o posesorias, la decisión se dictará de conformidad con las disposiciones que las rigen.

Ver: arts. 2503 del Anteproyecto de Bibolini; 2755 y 2792 C. argentino; 4418 del Esboco de T. de Freitas; 1815 del Proyecto argentino de 1936; 570 C. brasileño; 920 C. alemán; 851 C. austríaco; 2341 y 2342 C. portugués; 285 y 386 C. español; 950 C. italiano.

Art. 2668 — Todo deslinde, sea judicial, sea convecional, debe ser hecho por agrimensor público, y con audiencia o intervención del juez de primera instancia en lo civil.

Hecho por convenio, deberá ser firmado y sometido por las partes, con mensura efectuada, a la aprobación del juez competente, sin la cual el convenio será nulo. La homologación del convenio por el juez, o la sentencia en caso de ser judicial el deslinde, constituirá título de propiedad entre las partes y sus sucesores, siempre que se inscriba en el Registro de la Propiedad de inmuebles. No podrán ser impugnados sino en los casos en que las sentencias, o los actos jurídicos pueden serlo.

Ver: arts. 2506 del Anteproyecto de Bibiloni; 2753 C. argentino; 1816 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2669 — Los gastos de la demarcación son comunes a los colindantes, sin perjuicio de lo que la sentencia decida sobre las costas del litigio si hubiere contestación. Si la demarcación exigiere mensura de las propiedades o de una de ellas, se dividirán los gastos proporcionalmente a la superficie de las heredades.

Ver: 2752 C. argentino; 4420 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2505 del Anteproyecto de Bibiloni; 1814 del Proyecto argentino de 1936.

Del derecho de cercar

Art. 2670 — Todo propietario o titular de un derecho real tiene derecho a cercar, o murar su propiedad o finca gravada de derecho real a su favor, sea ella urbana o rural, de acuerdo con las disposiciones de este Código, sin menoscabo de las servidumbres y siempre que no perjudique el tránsito por los caminos públicos.

Ver: ars. 87 del Código Rural paraguayo; 588 parág. 1º C. brasileño; 2346 C. portugués 647 C. francés; 177 C. holandés; 658 C. de Luisiana; 841 C. italiano; 388 C. español; 697 C. Civil suizo; 386 C. boliviano; 844 C. chileno; 902 C. colombiano; 898 C. ecuatoriano; 823 C. hondureño; 845 C. salvadoreño; 953 C. uruguayo; 695 C. venezolano; 2742 y 2743 C. argentino; 2542 del Anteproyecto de Bibiloni; 1608 del Proyecto argentino de 1936.
El derecho de cercar o murar la propiedad es inherente al dominio y hace parte de los derechos de vecindad. No es materia propia de las servidumbres, como se la disciplina por los códigos chileno, colombiano, ecuatoriano, hondureño, salvadoreño, etc., a imitación, sin duda, del 647 del C. francés, incluido en el Capítulo 1º del Tít. IV de las Servidumbres que tienen su origen en la situación de las fincas.
El Código argentino, no menos influido en su estructuración por los Códigos francés, de luisiana y el Esboço de T. de Freitas, sólo trata de los muros, cercos y fosos, construidos en el límite separativo de las heredades, para establecer que son medianeros y comunes de los vecinos de las heredades contiguas que han costeado su construcción (art. 2717).
Más no es ésto de lo que ahora se trata, sino de regular los derechos y obligaciones que nacen del encerramiento de las propiedades de los particulares.

Art. 2671 — Para los fines anteriores, se reputará cercas todo límite natural que haga innecesario el cercado.

Ver: art. 92 del Código Rural paraguayo.

Art. 2672 — Las cercas medianeras y su conservación se harán a comunidad de gastos, siempre que el lindero que haya tomado a su cargo su construcción, no las haya desviado del rumbo de la línea divisoria establecida por mensura judicial aprobada e inscripta en el Registro de la Propiedad, y las dos propiedades se encerraran.

Ver: arts. 91 del Código Rural Paraguayo; 2742 C. argentino; 588 parág. 1º C. brasileño; 683 C. de Luisiana.

Art. 2673 — Cuando fuere menester podar las cercas vivas o reparar el muro medianero, tendrá derecho el propietario de entrar en la finca del vecino, después de prevenirle. Este derecho empero, no excluye la obligación de indemnizar al vecino todo el daño que la obra le ocasione.

Ver: art. 588 parág. 4º C. brasileño.

Art. 2674 — Cuando sea necesario determinar el valor de una cerca medianera, su valuación se hará por peritos nombrados uno por cada parte, quienes en caso de discordia nombrarán un tercero, cuyo fallo será inapelable.

Ver: art. 93 C. Rural del Paraguay.

CAPITULO III

De la adquisición y pérdida de la propiedad de la cosa mueble

Sección I

De la apropiación

Art. 2675 — Adquiérese por ocupación la propiedad de las cosas muebles que nunca tuvieron dueño y de aquellas cuya posesión hubiere sido abandonada por su dueño con intención de renunciar a su propiedad, si esa ocupación no fuere prohibida por la ley.

Si el abandono de la cosa fuere hecha con indicación de la persona a quien con ella quiso el renunciante favorecer, sólo ésta podrá ocuparla. Si otra persona la aprehendiera, revertirá la cosa al dominio del renunciante y podrá éste reivindicarla o exigir su valor.

No se comprende entre las cosas abandonadas el ganado guacho o el orejano que separado de la madre pastare fuera de su criadero o querencia; las cosas evidentemente perdidas; las que sin voluntad de sus dueños cayesen en un lago o río, o fuesen arrojadas para alijar una embarcación; ni los buques, máquinas aéreas, hallados como despojos de un accidente.

En caso de duda, se entenderá que la cosa, si es de algún valor, ha sido perdida.

Ver: arts. 2525 y 2528 C. argentino; 4083 Inc. 4º y 4086 del Esboço de T. de Freitas; 958 y 959 C. alemán; 718 C. C. suizo; 381, 382 y 386 C. austríaco; 923 C. italiano; 383 y 430 C. portugués; 610 C. español; 606 C. chileno; 685 C. colombiano; 809 C. ecuatoriano; 440 C. hondureño; 887 C. salvadoreño; 706 C. uruguayo; 797 C. venezolano; 791 C. guatemalteco; 592 C. brasileño; 877 C. peruano; 485 C. costarricense; 655 C. nicaragüense; 4082 y 4127 del Esboço de T. de Freitas; 2419 del Anteproyecto de Bibiloni; 1503 del Proyecto argentino de 1936; 802 C. Civil de la República de China.

Ha de bastar la simple lectura del presente artículo para comprender que a igual de Bibiloni y de la Comisión argentina de reformas del Código, abandonamos la redacción del art. 2525 del Código argentino, harto impreciso en su definición de la cosa mueble sin dueño, cuya propiedad puede adquirirse por la sola aprehensión u ocupación, porque, reducido el concepto a estos términos, podría el ladrón cohonestar la ilicitud de su posesión diciendo que se apropió de la cosa en la creencia sin duda alguna de que era cosa sin dueño, o abandonada por su dueño, y que la tomó con la intención de devenir propietario de ella.

En la enumeración legal de las cosas elementalmente sin dueño conocido citamos en primer término las cosas muebles que nunca tuvieron dueño, como son las presas de caza, los pescados, las conchas de moluscos, los huevos de animales salvajes; y, en segundo término, las cosas muebles cuya posesión hubiere sido abandonada por su dueño con intención de renunciar a su propiedad, como los ejemplares de un diario hallados en un wagón de ferrocarril, los cucuruchos de papel, cartuchos de caza, latas de conservas, cigarros, vestidos abandonados en sitios públicos, con excepción de las cosas cuya aprehensión esté prohibida por la ley, y de aquellas abandonadas con indicación expresa de la persona a quien se quiere favorecer.

Queda igualmente excluido de aprehensión el ganado guacho u orejano que pastare fuera de sus criaderos o querencias, como era de toda necesidad establecerlo en previsión del apoderamiento a que el ganado sin marca se halla expuesto en país en que el cuatrerismo no es un delito de excepción en praderas abiertas y abandonadas de la mano de Dios y la autoridad; y las demás cosas muebles que siguen en la enumeración del parágrafo 3º de nuestro artículo.

La presunción legal de que las cosas de valor que fueren encontradas son cosas perdidas, impide su adquisición por ocupación, y obliga al que las encuentra a las obligaciones del depositario.

Art. 2676 — Son cosas sin dueño sujetas a apropiación:

I) Los animales bravíos entregados a su natural libertad, los cuales pertenecen al cazador que los coge y cobra o en cuyas trampas han caído. Mientras el cazador persiguiere al animal que hirió, tiene derecho a él, aunque otro lo atrapase.

II) Los animales mansos o domesticados carentes de señal que hubieren perdido el hábito de volver al lugar donde acostumbran recogerse, salvo lo dispuesto en el artículo anterior acerca del ganado guacho u orejano, los cuales pertenecerán al dueño del inmueble donde contrajesen la costumbre de vivir, si éste no se hubiere valido de artificios para atraerlos. Si lo hubiere practicado, responderá como por acto ilícito.

Los animales domesticados no podrán ser apropiados por aprehensión mientras su dueño fuere en seguimento de ellos.

III) Los enjambres de abejas, anteriormente apropiados, que huyendo de su colmena se posan en finca que no es de su dueño, vuelven a su libertad natural, si éste no fuere en su seguimento a reclamarlos inmediatamente. Sólo en este caso pertenecerán al que las cogiese.

Si se incorporasen a otra colmena ya ocupada, pertenecerá al dueño de ésta, y el dominio del antiguo se extinguirá.

No puede entrarse en persecución de enjambres, o de animales domesticados en heredades ajenas, cercadas o cultivadas, sin permiso del dueño de ellas.

IV) Las piedras, conchas u otras substancias minerales, vegetales o animales arrojadas por la corriente de los ríos navegables a sus playas, si no presentaran señales de dominio anterior.

V) Los peces sacados del agua con redes, anzuelos u otros instrumentos a propósito, y caídos en poder del pescador. Libre es la pesca en aguas de uso público, y cada ribereño tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río o del arroyo.

Ver: arts. 593 C. brasileño: 2527, 2540 a 2548 C. argentino; 4092 a 4103 del Esboco de T. Freitas: 617 a 620 C. chileno; 687 a 696 C. colombiano; 641 a 653 C. ecuatoriano; 662 a 674 C. hondureño; 589 a 601 C. salvadoreño; 960 a 904 C. alemán; 384 C. austríaco; 468 C. portugués; 877 a 879 C. peruano; 714 y 717 C. francés; 923, 924, 925 y 933 C. italiano; 610, 612 y 617 C. español; 707, 708, 709, 710 a 716 C. uruguayo; 798, 799 y 806 C. venezolano; 859, 860, 861, 870, 872, 873, 874 C. mexicano; 794 a 804 C. guatemalteco; 488 a 496 C. costarricense; 656 a 689 C. nicaraguense; 2426, 2427, 2428 y 2429 del Anteproyecto de Bibiloni; 1508 a 1510 del Proyecto argentino de 1936

De la caza

Art. 2677 — Observados los reglamentos policiales de caza, podrá ésta ejercerse en las tierras pública, y en las particulares con licencia de su dueño, salvo que no estén cercadas, plantadas o cultivadas, casos en los cuales no es necesario el permiso, salvo que el propietario haya prohibido expresamente cazar en ellas y notificado la prohibición.

Los animales que se cazaren en predio ajeno, plantado o cultivado, sin permiso del dueño, pertenecen al propietario de la heredad, y el cazador está obligado a pagar el daño que hubiere causado.

Ver: arts. 2542 y 2543 C. argentino; 4094 del Esboco de T. de Freitas; 609, 610 y 622 C. chileno; 688 y 689 C. colombiano; 642 y 643 C. ecuatoriano, 663 y 664 C. hondureño; 590 y 591 C. salvadoreño; 710 y 711 C. uruguayo; 798 C. venezolano; 611 C. español; 384 C. portugués; 594 C. brasileño; 879 C. peruano; 699 C. Civil suizo; 856 y 857 C. mexicano; 796 y 797 C. guatemalteco; 490 C. costarricense; 657 a 660 C. nicaraguense; 1952 C. de Puerto Rico; 3377 C. de Luisiana; 2425 del Anteproyecto de Bibiloni; 1507 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2678. — Si la caza herida se guareciese en terreno cercado, murado, zanjado o cultivado, el dueño de éste debe permitir que el cazador la siga; en caso contrario debe entregársela o expulsarlo.

Ver: arts. 4096 del Esboço de T. de Freitas; 597 del C. brasileño; 389 C. portugués; 381 C. mexicano; 662 C. nicaraguense; 799 C. guatemalteco; 492 C. costarricense. En contra: art. 617 in fine del C. chileno.

De la pesca

Art. 2679 — Observados los reglamentos administrativos, es lícito pescar en aguas del dominio privado, con el consentimiento de su dueño.

Ver: arts. 599 C. brasileño; 611 C. español; 397 C. portugués; 622 C. chileno; 692 C. colombiano; 649 C. ecuatoriano; 670 CC. hondureño; 597 C. salvadoreño; 712 C. uruguayo; 798 C. venezolano: 804 C. guatemalteco; 869 C. mexicano; 879 C. peruano; 489 in fine C. costarricense; 671 C. nicaraguense; 4102 del Esboco de T. de Freitas; 2549 C. argentino; 2429 in fine del Anteproyecto de Bibiloni; 1510 in fine del Proyecto argentino de 1936.

Del hallazgo de la cosa ajena perdida

Art. 2680 — Quienquiera que halle cosa ajena, presumiblemente perdida, no está obligado a tomarla; pero si la tomare, asumirá la responsabilidad del depositario, y estará obligado, como tal, a restituirla a su dueño o legítimo poseedor.

Si el hallante no conociere al dueño o legítimo poseedor, hará lo posible por conocerlo, y darle inmediatamente noticia de la cosa. Si no lograra conocerlo, entregará en seguida la cosa a la autoridad policial del lugar, la cual anunciará el hallazgo por aviso directo al dueño, o por aviso publicado treinta veces durante seis meses consecutivos en la prensa local.

Ver: arts. 2531 y 2532 C. argentino; 4086 Inc. 3º y 4088 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; 629 C. chileno; 704 C. colombiano; 662 C. ecuatoriano; 683 C. hondureño; 610 C. salvadoreño; 927 y 928 C. italiano; 695 C. alemán; 388 y 389 C. austríaco; 414 y 415 C. portugués; 615 C. español; 720 C. Civil suizo; 725 C. uruguayo; 801 y 802 C. venezolano; 814 C. guatemalteco; 775 a 777 C. mexicano; 884 C. peruano; 501 C. costarricense; 693 a 695 C. nicaraguense; 717 in fine C. francés; 803 C. de la República de China.
No extinguiéndose el dominio por la pérdida de la cosa mueble, ocioso, es que ésta no es **derelicta**, como lo es la cosa abandonada. Siendo así, la cosa perdida pertenece a su dueño. No es **res nullius**, y no siendo tal, no puede adquirirse por ocupación. Viene de aquí que el hallazgo de la cosa mueble ajena sólo genere una relación jurídica de la cual nacen obligaciones y derechos para el hallante: obligado a restituir la cosa hallada a su dueño, si lo conoce, y no conociéndole, a hacer diligencias para dar con él, y no encontrándole, a entregar la cosa a la autoridad policial, con derecho de exigir una recompensa por el hallazgo y una indemnización por los gastos que hubiere hecho. Bevilaqua le considera **negotiorum gestor** de modalidad particular. (ver autor y **opus** cits. t. III, pág. 147).

Art. 2681. — El que en los términos del artículo precedente restituyere la cosa hallada, tendrá derecho a una recompensa y a una indemnización por los gastos que hubiere hecho en la conservación y transporte de la cosa, si el propietario no prefiriese abandonarla.

La recompensa y la indemnización serán fijados por el juez.

Mas si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el hallante podrá optar entre el premio ofrecido y la recompensa e indemnización establecida por el juez.

Ver: arts. 2533 y 2536 C. argentino; 604 C. brasileño; 632 C. chileno; 708 C. colombiano; 665 C. ecuatoriano; 686 C. hondureño; 613 C. salvadoreño; 727 C. uruguayo; 930 C. italiano; 970 C. alemán; 722 parág. 2º C. Civil suizo; 615 in fine C. español; 885 C. peruano; 391 C. austriaco; 418 C. portugués; 804 C. venezolano; 815 C. guatemalteco; 502 C. costarricense; 698 C. nicaragüense; 805 C. de la República de China; 2423 del Anteproyecto de Bibiloni; 1505 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2682 — El hallante responde de los perjuicios causados al propietario o al poseedor legítimo, cuando hubiere procedido con dolo.

Ver: arts. 695 C. brasileño; 969 C. alemán; 420 C. portugués.
El dolo del hallante resultará del deterioro intencional que hubiere causado en la cosa, o del uso indebido de ella, o de la omisión de las obligaciones que a su cargo pone el presente Código en su carácter de gestor de negocios, como, por ejemplo, si callase maliciosamente haber hallado la cosa ajena y la ocultase.

Art. 2683. — Si vencido el plazo de seis meses de publicación del edicto no se presentara persona alguna a justificar su dominio sobre la cosa, será ésta vendida en subasta pública ordenada por el juez. Si la cosa fuese corruptible, o su conservación dispendiosa, podrá anticiparse la venta. Se deducirá del producto, los gastos de aprehensión y conservación, y se otorgará una recompensa al hallante, y lo que sobre se atribuirá a la Municipalidad del lugar en que la cosa fue encontrada.

Subastada que sea la cosa, su dueño sólo tendrá derecho a la restitución del sobrante de precio entregado a la Municipalidad.

Ver: arts. 2535, 2537 y 2538 C. argentino; 633 y 634 C. chileno; 709 C. colombiano; 666 y 667 C. ecuatoriano; 687 y 688 C. hondureño; 614 y 615 C. salvadoreño; 726 C. uruguayo; 886 C. peruano; 503 C. costarricense.
Otros Códigos atribuyen la propiedad de la cosa al hallante después de corrido un plazo que varía de extensión; 973 y 975 C. alemán (un año); 929 C. italiano (un año); 392 C. austriaco (un año); 615 parág. 4º C. español (dos años); 722 C. Civil suizo (cinco años); 419 C. portugués (diversos plazos según el valor de la cosa); 698 C. nicaragüense (idéntico al de Portugal), etc.
Ver igualmente: 2422 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1504 y 1505 del Proyecto argentino de 1932.

Art. 2684. — El que se adueñare de las cosas muebles ajenas perdidas que hallare, o de los despojos de los naufragios o de las cosas arrojadas al río para alijar un buque, y no procediese según las disposiciones de los artículos anteriores, será pasible de la pena de hurto.

Ver: arts. 2539 C. argentino; 4088 del Esboço de T. de Freitas; 2424 del Anteproyecto de Bibiloni; 1505 del Proyecto argentino de 1936.

Del descubrimiento de tesoros

Art. 2685. — Se entiende por tesoro todo objeto de valor, como monedas o piedras preciosas, de creación antigua o reciente, de dueño desconocido, que se halle enterrado u oculto en un inmueble, fortuitamente descubierto, con excepción de los objetos encontrados en los sepulcros, o en los lugares públicos destinados a la sepultura de los muertos.

Ver: arts. 2551 C. argentino; 4104 del Esboço de T. de Freitas; 716 C. francés; 932 C. italiano; 642 C. holandés; 3386 in fine C. de Luisiana; 352 C. español; 625 C. chileno; 700 C. colombiano; 658 C. ecuatoriano; 679 C. hondureño; 607 C. salvadoreño; 607 C. brasileño; 720 C. uruguayo; 800 C. venezolano; 887 C. peruano; 442 C. boliviano; 423 y 424 C. portugués; 984 C. alemán; 398 y 401 C. austriaco; 808 C. de la República de China; 1955 C. de Puerto Rico; 2431 del Anteproyecto de Bibiloni; 1511 inc. 1º del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2686. — Repútase descubridor del tesoro el primero que lo haga visible, aunque sea en parte, siquiera no lo aprehenda ni reconozca que es un tesoro, y haya otros que trabajen con él.

Si en el mismo sitio, o inmediato a él, hubiese otro tesoro, su descubridor será el primero que lo hiciere visible.

Ver: arts. 2554 y 2555 C. argentino; 4104 y 4105 inc. 1º del Esboco de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. II, parág. 201, texto y nota 30, pág. 370, 5ª edición y autores allí citados; 2433 del Anteproyecto de Bibiloni; 1512 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2687. — Es prohibido buscar tesoros en predios ajenos, sin licencia del dueño, o del que lo represente, aunque los posea como simple tenedor; pero el que fuere coposeedor del predio, o poseedor inmediato, puede buscarlos, con tal que el predio sea restablecido al estado en que se hallaba.

Si alguno dijera que tiene un tesoro en predio ajeno, y quiera buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra y garantizando la indemnización de todo daño al propietario.

Ver: arts. 2552 y 2553 C. argentino; 4110 parág. 1º, 4109 y 4111 del Esboço de T. de Freitas; 2432 del Anteproyecto de Bibiloni; 1514 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2688. — El que descubriere un tesoro ocultado o enterrado, en casa o fundo propio, adquiere el dominio de él. Si el predio fuere ajeno, el descubridor será dueño de la mitad del tesoro y la otra mitad será del propietario del predio.

Ver: arts. 2550 y 2556 C. argentino; 716 C. francés, 4124 del Esboço de T. de Freitas, 607 C. brasileño y los códigos citados en nuestra nota al art. 2684; 2430 del Anteproyecto de Bibiloni; 1510 y 1511 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2689. — Si el que descubriere el tesoro fuere copropietario del predio, hará suya la mitad de él, y la otra mitad se repartirá entre él y los demás copropietarios en proporción de sus partes en el condominio.

ver: arts. 2557 C. argentino; 4112 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2434 del Anteproyecto de Bibiloni; 1515 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2690. — El derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los hallados fortuitamente. Tampoco puede ser invocado por el obrero a quien el propietario del predio le hubiese encargado de hacer excavaciones en busca de un tesoro, ni por otros que lo hicieren sin autorización del propietario. En estos casos, el tesoro hallado pertenece al propietario.

Ver: arts. 2561 C. argentino; 552 C. francés; 626 C. holandés; 422 C. austriaco; 497 C. de Luisiana; 2577 del presente Código; 608 C. brasileño; 2436 del Anteproyecto de Bibiloni; 1513 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2691. — El obrero que trabajando en un fundo ajeno descubriere un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere predicho la posibilidad de hallarlo.

Tiene también derecho a la mitad del tesoro el que, sin consentimiento del propietario, emprendiese trabajos en predio ajeno con otro objeto que el de buscar un tesoro.

Ver: arts. 2562 y 2563 C. argentino; 2437 del Anteproyecto de Bibiloni; 1513 del Proyecto argentino de 1936

Art. 2692. — Deja de considerarse tesoro la cosa hallada, si alguien demostrara que le pertenece. Esta prueba puede darse por testigos, presunciones, o por cualquier otro género de prueba.

Se presume que los objetos de reciente origen pertenecen al dueño del

lugar donde fueren encontrados, si él hubiere fallecido en la casa que hacía parte del predio.

Ver: arts. 610 C. brasileño; 2564 y 2565 C. argentino; 4108 inc. 3º del Esboço de T. de Freitas; 2438 del Anteproyecto de Bibiloni; 1516 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2693. — Las curiosidades naturales o las antiguedades que no pertenecen a nadie y que ofrecen un interés científico considerable, pertenecen al Estado.

Los propietarios en cuya heredad se haya descubierto la existencia de cosas semejantes, están obligados a permitir las excavaciones necesarias, con derecho a ser indemnizados del perjuicio que con tales trabajos se le ocasione.

La indemnización no excederá el valor de las cosas descubiertas.

Ver: art. 724 C. Civil suizo.

Sección II

De la especificación y la adjunción

Art. 2694. — El que con su trabajo, de buena o mala fe, transformare materia ajena en una cosa nueva, la hará suya, aunque sea posible restituirla a su forma anterior.

En ambos casos, el que especifique deberá pagar lo que valiere la materia, pero en el segundo, el dueño de ésta tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño, si no prefiriese tomar la cosa, pagando al transformador el aumento de valor que hubiere adquirido.

Ver: arts. 2567 y nota al art. 2594 C. argentino; 1518 del Proyecto argentino de 1936; 2440 del Anteproyecto de Bibiloni; 950 C. alemán; 726 C. Civil suizo; 940 C. italiano; 570 C. francés; 517 C. de Luisiana; 662 C. chileno; 732 C. colombiano; 695 C. ecuatoriano; 653 C. hondureño; 643 C. salvadoreño; 383 C. español; 740 C. uruguayo; 576 C. venezolano; 312 C. boliviano; 462 C. guatemalteco; 929 C. mexicano; 513 C. costarricense; 654 C. nicaraguense; 569 C. de la República Dominicana; 4134 del Esboço de T. de Freitas.

Razón tiene Bibiloni cuando dice que la **especificación** de que trata nuestro artículo es una materia "modelo de anarquía jurídica" (ver nota al art. 2440 de su Anteproyecto, t. III, pág. 102 y ss.). No hay uniformidad en la legislación. Las soluciones varían según cada Código.

La especificación es, como enseña Wolff, la formación de una cosa nueva (nova species) por la elaboración o transformación de una o varias materias. Difiere de la **adjunción** que tiene lugar cuando cosas muebles pertenecientes a distintos propietarios, se unan de tal modo que se conviertan en partes esenciales de una cosa nueva, de modo que cada una pueda separarse (art. 947 C. alemán; 657 C. chileno; 737 C. uruguayo, etc.).

Típicos casos de especificación tienen lugar cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra nueva y distinta, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave. (662 C. chileno).

En el mismo orden de ideas, Messineo, después de reconocer que la nueva disciplina del derecho de tela ajena el vestido, del trigo ajeno la harina, de la harina ajena el pan, del cuero ajeno el zapato, etc. Puede el escultor ser especificante, si con el mármol ajeno hace un busto o una estatua. Los elementos de que se sirve el especificante, una vez mezcladas o transformados, no son reconocibles, como el agua añadida al vino, dos distintas especies de granos de trigo triturados por el molinero en su tahona. Para que la cosa sea nova mediante el trabajo del especificador, se requiere que al extinguirse por su transformación el dominio de la cosa mueble convertida en otra, no sólo se atienda a lo jurídico de la novedad, sino también a lo **económico**, o sea a la relación entre el valor del trabajo y el de la materia, porque mal puede ser indiferente que el primero sea muy superior al de la materia.

En la nota de Vélez Sarsfield a los arts. 2567 y 2570 del Código argentino puede verse muy resumida la historia de la discusión romana entre sabinianos y proculeyanos, según los cuales, la propiedad de la cosa formada por especificación era atribuída por los primeros al dueño de la materia, y al especificador, según los segundos. La solución intermedia de Justiniano distinguía según que la nueva especie pudiese restituirse a su forma antigua, caso en el cual el propietario de la materia adquiere la cosa, y en el caso inverso, el especificante.

Los arts. 2567 y 2570 del C. argentino se inspiran en esta doctrina ecléctica de Justiniano, al atribuir en principio la propiedad del objeto nuevo al especificante, sobre la base, sin duda, de que su trabajo sea de un valor muy superior al de la materia, y distinguiendo luego la transformación hecha de buena fe, con la posibilidad de reducir la cosa a su forma anterior, hipótesis en la cual, el dueño de la materia será propietario de la nueva especie, pagando al transformador su trabajo; sin perjuicio de dejar la propiedad de la cosa al transformador, a cambio del reembolso del valor de la materia.

En la apostilla del mismo codificador al art. 2594 relativo a la adjunción, dice Vélez Sarsfield, siguiendo a Marcadé, que la buena fe es indiferente para decidir a quién haya de atribuirse la propiedad de la cosa nueva formada por adjunción, "porque en todo caso el dueño de una de las cosas no debe enriquecerse con la cosa del otro".

Y a inspiración del art. 4136 del **Esboço** de T. de Freitas, estatuye el art. 2569 del C. argentino que: "**Si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo o debiendo saber el transformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño, y a la acción criminal a que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella**".
Conforme con esta doctrina indiferente a la mala fe del transformador, el código alemán (art. 950) y el Código Civil suizo (art. 726), atribuyen la propiedad de la cosa nueva al transformador, a menos que el valor del trabajo sea muy inferior al de la materia. El parágrafo 2º del art. 726 del C. C. suizo preceptúa, empero, que si el transformador ha obrado de mala fe, puede el juez atribuir la cosa nueva al propietario de la materia, aun cuando la obra del transformador sea de más valor. (ver: Wieland, opus cit. t. I, pág. 438 y ss.).
Explícase así que viniendo Bibiloni a pulir esta parte del Código argentino, haya atribuído la propiedad de la cosa nueva al transformador, aunque sea posible reducir el material a su forma anterior, caso en el cual, reconoce a éste el derecho a ser indemnizado. (ver el art. 2440 de su Anteproyecto, y el 1515 del Proyecto argentino de 1936, cuya redacción adoptamos).

Art. 2695. — Cuando dos cosas muebles, pertenecientes a distintos dueños, se unen de tal manera, que formen parte integrantes de una sola, el propietario de la principal adquiere la accesoria, aun en el caso de ser posible la separación, con obligación de pagar al dueño de la cosa accesoria lo que ella valiere.

Si no se pudiera determinar cuál de ambas cosas es la principal, los dueños respectivos serán condóminos proporcionalmente al valor de ellas en el momento de la unión.

Ver: arts. 2594 y 2600 C. argentino; 416 y 422 de Goyena; 4206 del **Esboço** de T. de Freitas; 572 y 573 C. francés; 519 y 520 C. de Luisiana; 615 parág. 2º C. brasileño; 947 C. alemán; 727 C. Civil suizo; 939 C. italiano; 415 y 416 C. austriaco; 2299 y 2301 C. portugués; 375 y 378 C. español; 737 y 743 C. uruguayo; 308 y 311 C. boliviano; 916 I 918 C. mexicano; 572 y 577 C. venezolano; 658 y 662 **in fine** C. chileno; 728 y 732 **in fine** C. colombiano; 691 y 695 **in fine** C. ecuatoriano; 649 y 653 **in fine** C. hondureño; 639 y 643 **in fine** C. salvadoreño; 462 y 471 **in fine** C. guatemalteco; 511 parág. 2º y 514 C. costarricense; 646 y 652 C. nicaragüense; 812 C. de la República de China; 2441 del Anteproyecto de Bibiloni; 1519 del Proyecto argentino de 1936.
La primera parte de nuestro artículo es reproducción literal del art. 2594 del Código argentino, directamente inspirado en el art. 416 de Goyena, quien fundamentándolo dice que la Comisión se inspiró en la máxima enunciada por un autor respetable, según la cual en el caso de una adjunción, **la cosa debe ser de aquél a quien se seguiría mayor daño de que así no se hiciese**, supuesta la buena fe del autor de la adjuntio, explicándose así que nuestro artículo atribuya la propiedad de la cosa al propietario de la principal, pero con la obligación de pagar al dueño de la cosa accesoria lo que ella valiere. Es una **solución de equidad**, tal como en los mismos términos lo decide el art. 566 del C. francés, en el caso de ser separables las cosas, porque la separación envuelve casi siempre menoscabo de la una o de las dos cosas; y así también lo disponen los arts. 513 del C. de Luisiana; 939 segunda parte del C. italiano; 375 del C. español; 2299 primer parágrafo del C. portugués; 515 inc. 2º del C. brasileño; 947 **in fine** del C. alemán; 727 parág. 2º del C. Civil suizo etc., etc.
La segunda parte de nuestro artículo no tiene antecedente en el Código argentino. Lo dispuesto por el art. 2600 sólo es aplicable a la confusión casual. Mas, en cambio, la regla del condominio en los casos en que no sea posible determinar cuál es la parte principal y cuál la accesoria, es general en los arts. 572 y 573 del C. francés; 947 primera parte del C. alemán; 727 primera parte del C. Civil suizo; 939 primera parte del C. italiano etc.
Tales son los antecedentes del art. 2441 del Anteproyecto de Bibiloni, que trasegamos literalmente al artículo sub examen.

Art. 2696. — El mismo principio del artículo anterior regirá, siempre que por un hecho casual o voluntario, dos cosas muebles de distintos propietarios, se mezclaren o confundieren, resultando materialmente inseparables, o cuando la separación sólo pudiera hacerse con gastos desproporcionados.

Si fuere posible separarlas, ello se hará a costa común, cuando la mezcla fue casual, o por cuenta de su autor si hubiere sido voluntaria.

Ver: arts. 948 C. alemán; 727 primera parte C. Civil suizo; 615 inc. 1º C. brasileño; 2442 del Anteproyecto de Bibiloni; 1520 parágrafos 1º y 2º del Proyecto argentino de 1936. Quedan así substituídos los arts. 2597 y 2599 del C. argentino, el primero porque es inútil desde que si hay transformación hay especificación y no adjunción; y el segundo porque contemplándose en él un caso análogo al del art. 2594, decide la hipótesis de modo distinto. (ver Bibiloni, t. III, pág. 104, edición Kraft).

Art. 2697. — Cuando de acuerdo con los artículos anteriores se extingue el dominio, también se extinguen los otros derechos reales que afecten la cosa. Constituído que sea un condominio, los derechos continuarán sobre la parte indivisa; pero si el dueño de un objeto adquiere el conjunto o la nueva especie, los derechos se extenderán a ella o al total.

Ver: arts. 949 C. alemán; 2443 del Anteproyecto de Bibiloni; 1520 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936, 815 C. de la República de China.
Para decidir cuál ha sido la influencia de la conexión o de la mezcla sobre los derechos que los terceros tenían sobre las distintas cosas cuya individualidad propia ha desaparecido, enseñan Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código Civil alemán, que deben distinguirse dos casos:

1º El propietario de una cosa viene a ser el único propietario del objeto nuevo, hipótesis en la cual, los derechos que gravaban las otras cosas, por una parte, y los derechos que gravaban la cosa de ese propietario, por la otra, se extienden sobre el conjunto nuevo, sin que importe que él sea de buena o de mala fe. Los titulares de derechos que así se encuentran extinguidos no tienen otro derecho que el de exigir del propietario nuevo las indemnizaciones conformes con el art. 2698 del presente Código. (95, del C. alemán).
2º Los propietarios de los distintos objetos vienen a ser condóminos del conjunto así formado. En esta hipótesis, la parte de co-propiedad que reemplaza cada cosa, es gravada de los mismos derechos que gravaban esta cosa antes de la conexión o de la mezcla, por aplicación de la segunda parte de nuestro art. 2695 (ver autores y opus cits. t. II, pág. 563).

Art. 2698. — Todo el que por aplicación de las disposiciones anteriores experimentara la pérdida de su derecho, puede demandar al que se beneficia de ella, una indemnización pecuniaria según las reglas del enriquecimiento sin causa, y, en su caso, sobre actos ilícitos. No puede pedir el restablecimiento de las cosas a su estado anterior.

Ver: arts. 951 C. alemán; 577 C. francés; 726 in fine y 727 in fine C. Civil suizo; 939 y 940 C. italiano; 414 al 416 C. austriaco; 513, 517, 518, 519, 520, 522, 523 y 524 C. de Luisiana; 816 C. de la República de China; 379, 380, 382 segunda parte, y 383 C. español; 662 parág. 3º, 663 in fine, 665 y 667 C. chileno; 732 a 737 C. colombiano; 695 a 700 C. ecuatoriano; 653 a 657 C. hondureño; 643 a 648 C. salvadoreño; 740, 742 in fine, 744, y 746 C. uruguayo; 575 in fine y 576 C. venezolano; 312 in fine, 314 in fine, 316 in fine, 317 y 318 C. boliviano; 466, 467, 468, 470, 471, 473, 475 C. guatemalteco; 921, 922, 923, 925, 928, 929, 930 C. mexicano; 2444 del Anteproyecto de Bibiloni; 1521 del Proyecto argentino de 1936.
El presente artículo, como su fuente, establece en favor del que sufre la extinción de su derecho todo un sistema, cuyas grandes líneas pueden resumirse así:
1º Tiene lugar, en provecho del que se beneficia con la extinción de su derecho, un enriquecimiento sin causa. En consecuencia, el que sufra la pérdida de su derecho podrá demandar al que se beneficie de ella una indemnización en dinero conforme con las disposiciones que disciplinan el enriquecimiento sin causa, indemnización que debe ser igual al beneficio que resulte de la operación. Más será menester que el resultado subsista, porque es útil, y no podrá demandarse el restablecimiento del estado anterior.
2º El titular del derecho extinguido podrá encontrar en otros preceptos una protección especial. La ley no le prohibe invocarlos. Así:
A) Si la operación que produjo la conexión o la mezcla o la especificación es un acto ilícito, quien lo sufra podrá reclamar perjuicios e intereses y según el caso el restablecimiento del estado anterior.
B) La conexión de una cosa mueble a un inmueble o a otra cosa mueble considerada como cosa principal puede constituir un gasto hecho sobre el inmueble o sobre la cosa mueble. El titular del derecho extinguido podrá obtener una indemnización superior al enriquecimiento sin causa. (ver autores y opus cit. t. II, pág. 565)

SECCION III

De la adquisición de los productos y de otras partes integrantes de una cosa.

Art. 2699. — Los productos, y las partes constitutivas de una cosa pertenecen al propietario de ella, aun después de su separación, salvo los derechos de terceros al goce de la cosa, y los de los poseedores de buena fe.

Ver: arts. 953 C. alemán; 2446 del Anteproyecto de Bibiloni; 1523 del Proyecto argentino de 1936. Las disposiciones de esta Sección no contemplan las partes de una cosa sobre la cual un derecho de propiedad especial existía antes de su separación. Dado lo dispuesto en nuestro art. 2580, análogo a lo estatuido por los arts 2520 y 2522 del C. argentino, podría saber a ociosidad volver a preceptuarlo por el artículo sub examen. No obstante, optamos por seguir el modelo del art. 953 del Código alemán, tal como Bibiloni lo halló aconsejable en el art. 2446 de su Anteproyecto, para lo cual juzgó necesario fundar este precepto en una larga nota en la que invoca los arts. 2522, 2329 y su nota; el argumento del 2429 y 2431, 2866 y 3331 del Código argentino, que podrían darse por sabidos. (ver: autor y opus cits. t. III, pág. 105, edición Kraft).
Lo que a juicio de Bufnoir y demás traductores y anotadores del C. alemán se estatuye por el art. 953 de dicho Código es sólo que los productos de un inmueble, en tanto se hallen unidos al suelo, no pueden ser objeto de un derecho de propiedad distinto del dominio sobre el suelo. Siendo así, por aplicación de este precepto de origen romano, se repudia el concepto germánico según el cual los frutos, aun antes de su separación, pertenecen a aquel que tiene derecho sobre ellos. Los frutos devienen independientes del suelo sólo desde su separación. Viene de aquí que se pregunte quién sea su propietario y cómo venga a serlo. Para responder a esta cuestión se distinguen los productos y las otras partes constitutivas.
Las excepciones a la adquisición de los productos y otras partes constitutivas de una cosa por el propietario de esta cosa son:
1º Cuando un tercero tiene un derecho real a apropiarse de ellos (art. 954), a menos que el propietario, en el momento de la separación, no esté en posesión de la cosa y de buena fe (art. 955 parág. 1º);
2º Respecto de los frutos, cuando en el momento de su separación, un tercero esté en posesión de la cosa y los posea de buena fe (art. 955);
3º Cuando la cosa, en el momento de la separación, es poseída por un tercero a quien el habiente derecho le ha permitido apropiarse concediéndole la posesión y, si su autor careciera de derecho, a condición de que ese tercero sea de buena fe (art. 956 y 957). (ver autores y opus cits. t. II, pág. 568).

Art. 2700. — El que en virtud de un derecho real está autorizado para apropiarse los productos y partes constitutivas de la cosa ajena, adquiere

esa propiedad por la separación. Los frutos civiles les pertenecen aunque no los haya percibido, en cuanto correspondan al tiempo de existencia de su derecho.

Ver: arts. 954 C. alemán; 2447 del Anteproyecto de Bibiloni; 1524 del Proyecto argentino de 1936; 2864, 2865 y 2866 C. argentino; 585 C. francés; 809 C. holandés; 984 C. italiano; 536 C. de Luisiana; 721 C. brasileño; 472 C. español; 2203 y 2204 C. portugués; 504 C. uruguayo; 927 y 928 C. peruano; 586 y 587 C. venezolano; 326 C. boliviano; 506 y 507 C. guatemalteco; 991 y 992 C. mexicano; 338 y 340 C. costarricense; 781 C. chileno; 840 C. colombiano; 811 C. ecuatoriano; 760 C. hondureño; 784 C. salvadoreño; 1483 a 1485 C. nicaraguense; 582 a 586 C. de la República Dominicana; 1512 y 1514 C. de Puerto Rico; 4634 Inc. 11; 4636 y 4637 del Esboço de T. de Freitas.

El ejemplo del tercero que, como el usufructuario, tiene derecho real sobre los frutos y productos de un inmueble ajeno, es reconocido en casi todos los códigos. Mas por Derecho alemán se reconoce idéntico derecho al marido y al detentador de la patria potestad que adquieren los frutos de los bienes de la mujer casada y del menor sometido a su derecho de goce (arts. 1379 y 1648).

El art. 3029 del C. argentino, inspirado en el art. 4084 del Esboço de T. de Freitas autoriza a cada uno de los dueños del predio dominante de una servidumbre divisible que consistiere en hechos susceptibles de división, a sacar piedras, tierras etc., del predio sirviente, con tal que su cantidad no exceda de las necesidades del inmueble dominante.

Análoga es la decisión de los arts. 1018 y 1090 del C. alemán.

En materia de muebles, si la cosa dada en prenda produce frutos, el acreedor puede percibirlos de cuenta del deudor, y los imputará a los intereses de la deuda, si se debieren, o al capital si no debieren intereses (art. 3231 C. argentino).

Por Derecho alemán, el art. 1212 del Código del Imperio confiere al acreedor prendario en todos los casos el derecho de extender su prenda sobre los productos, una vez separados, pero no de apropiarse de ellos.

Art. 2701. — Los que sin título pero de buena fe poseyeren inmuebles como dueños o por otro derecho real, harán suyos los frutos naturales e industriales, una vez separados, y los civiles, sólo percibiéndolos efectivamente, aunque éstos correspondieren al tiempo de su posesión. Cuando al comienzo de ella existieren explotaciones, también les pertenecerán los productos que hubieren separado; pero deberán al propietario, y en su caso al usufructuario, las sumas percibidas por los que hubieran realizado.

Terminada la posesión, los frutos pendientes corresponderán al dueño o usufructuario; pero será resarcido el poseedor de buena fe, por los gastos efectuados para producirlos. También deberá reintegrársele los impuestos que abonó, relativos a la propiedad en la parte y tiempo de preparación y cultivo de esos frutos.

Ver: arts. 1525 del Proyecto argentino de 1936; 2448 del Anteproyecto de Bibiloni; Respecto al poseedor de buena fe, el presente artículo se inspira en los arts. 2425, 2426, 2429, 2431, 3426 y 3430 del C. argentino; y en cuanto a los productos existentes en el momento de iniciar la posesión, en los arts. 2866 y 2873 del mismo Código. (ver Bibiloni, t. III, pág. 106, edición Kraft).

Art. 2702. — Si el poseedor fuere de mala fe, pertenecerán al propietario, o al usufructuario en su caso, todos los frutos y productos existentes o realizados, los que deberán serle restituídos con deducción de los gastos de cultivo y cosecha y de los impuestos que correspondieren, según se dispone en el artículo anterior. Deberá también el valor de las partes constitutivas de que hubiere dispuesto, aunque el precio obtenido por ellas fuere menor. El heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos y productos percibidos de buena fe.

Ver: arts. 1526 del Proyecto argentino de 1936; 2449 del Anteproyecto de Bibiloni. Este precepto se inspira, según lo declara Bibiloni, en los arts. 2437 y 2438 del C. argentino.

Art. 2703. — Los dos artículos precedentes se aplicarán al poseedor que, dueño de la cosa o titular del uso y goce sobre ella, hubiere constituído derecho real a favor de un tercero, para usar y gozar de ese bien.

Ver: arts. 1527 del Proyecto argentino de 1936; 2450 del Anteproyecto de Bibiloni; 2432 C. argentino.

Art. 2704. — Cuando el propietario autorizare a un tercero para apropiarse los productos u otras partes constitutivas de un inmueble y le hubiere conferido la posesión del mismo, los podrá adquirir separándolos; en caso contrario, solamente por la toma de posesión. Si la facultad acordada por el propietario resultare de una obligación pendiente, no podrá revocarla en tanto que el tercero poseyere la cosa.

La misma regla se aplicará a la autorización concedida por el que no fuere propietario, pero a quien pertenecieren los productos y partes constitutivas de las cosas, una vez separados. Regirá también, cuando el que hiciere la concesión no tuviere derecho para efectuarla, siempre que el adquirente de ellos fuere de buena fe en el momento de la toma de posesión y en aquel en que los productos y demás partes constitutivas fueren separados.

Ver: arts. 1528 del Proyecto argentino de 1936; 2451 del Anteproyecto de Bibiloni; 956 y 957 C. alemán; y para el anticresis, Bibiloni cita los arts. 3239, 3240, 3242, 3246 y 3257 del C. argentino. Nuestro artículo —agrega— comprende todos los casos de desmonte y corte de bosques, demolición de edificios, locación etc., cada uno de ellos, naturalmente, dentro de la medida del derecho que confiere la particular relación jurídica (ver autor y opus cits. t. III, pág. 107, edición Kraft).

Explicando Bufnoir y demás traductores y anotadores del C. alemán el art. 956, fuente inmediata con el 957 del presente artículo, enseñan que éste no es sino la aplicación de las reglas generales sobre la adquisición de la propiedad por transferencia resultante de un acto jurídico (art. 929 relativo a la adquisición de la cosa mueble). Ha sido necesario, empero, precisar este punto respecto de la adquisición de los frutos, dada la importancia del asunto, especialmente para el arrendamiento de una granja.

Según el citado art. 929; para que la propiedad de la cosa mueble sea transferida por efecto de un acto jurídico, es necesario que el acuerdo de voluntades y la tradición de la cosa sea hecha por el propietario al adquirente de ella. No es menester que las dos condiciones sean cumplidas simultáneamente. Puede el enajenante declarar por anticipado su voluntad de abandonar la cosa; en consecuencia, puede hacer por anticipado la tradición de las cosas que no existan todavía pero que existirán, como por ejemplo, los frutos en el momento de su separación. Estando el adquirente en posesión del inmueble obtendrá la posesión de los frutos en el momento de su separación. Igualmente puede hacerse por anticipado la declaración necesaria que el enajenante debe hacer para que haya acuerdo de voluntades. Si el art. 956 del C. alemán supone que el que concede a otro la apropiación de los frutos tiene el derecho de hacerlo, el art. 957 contempla la hipótesis inversa, caso en el cual se aplicará igualmente el artículo anterior o sea a la autorización otorgada o concedida por el que no fuere propietario, pero a quien pertenecieren los productos y partes constitutivas de las cosas, una vez que hayan sido separados, o siempre que el adquirente de ellos fuere de buena fe en el momento de la toma de posesión y en aquel en que los productos y las partes constitutivas fueren separados.

SECCION IV

De la adquisición de las cosas muebles por la tradición

Art. 2705. — Para transferir por actos entre vivos la propiedad de una cosa mueble, debe el propietario hacer tradición de ella al adquirente, en ejecución del acuerdo de su voluntad común para transmitir la propiedad.

Si el adquirente estaba ya en posesión de la cosa, bastará el acuerdo de voluntades.

Ver: arts. 929 C. alemán; 2452 del Anteproyecto de Bibiloni; 1529 del Proyecto argentino de 1936; 620 C. brasileño; 423 y 426 C. austriaco; 714 C. Civil suizo; 577, 2601 y 2603 C. argentino; 758 C. uruguayo; 670 y ss., C. chileno; 740 y ss., C. colombiano; 703 y ss., C. ecuatoriano; 697 y ss., C. hondureño; 651 y ss., C. salvadoreño; 1462 y 1463 C. español; 890 C. peruano; 1530 C. guatemalteco; 2582 C. nicaraguense; 3734 y 4074 Inc. 5º del Esboço de T. de Freitas; 348 C. de la Rep. de China; 1605 y ss. C. de la República dominicana. Admiten la traslación del dominio por el solo efecto del contrato: 711 in fine del C. francés; 866 C. de Luisiana; 922 C. italiano; 715 C. portugués; 1488 C. venezolano; 2014 C. mexicano; 729 C. boliviano.

Tres son las condiciones a que el art. 929 del C. alemán, fuente del presente artículo, subordina su aplicación:

1º El acuerdo de voluntades relativo a la transferencia del dominio, acuerdo de voluntades que, por otra parte, es independiente de la relación de obligación que pueda existir entre los contratantes. Es un acto jurídico necesario para que tenga lugar la transferencia de propiedad (art. 1438 parág. 2º), sometido a los principios generales que rigen los contratos. La voluntad común de transferir, por una parte, y de adquirir, por la otra la propiedad de la cosa mueble, puede ser tácitamente expresada, resultante de hechos que acompañen a la tradición.

2º La tradición de la cosa del enajenante al adquirente. La tradición consiste en la transferencia de la posesión o sea el poder de hecho sobre la cosa. Esta condición desaparece cuando el adquirente se halla desde luego en posesión de la cosa. El constituto posesorio substituye a la tradición real, por virtud del cual el adquirente obtiene la posesión indirecta (art. 930 C. alemán). Lo mismo ocurrirá por la cesión de la acción de restitución, cuando la cosa está en poder de un tercero (art. 931 C. alemán).

3º La calidad de propietario en la persona del tradente. El que alegue haber adquirido la propiedad según los preceptos de este Código, debe probar que el enajenante era el propietario.

Se asimila a la enajenación hecha por el propietario la transferencia hecha por una persona que tenga el derecho de disposición respecto de la cosa, como el heredero aparente (art. 3428 C. argentino), cuyos actos de disposición son firmes y válidos (ver; De Gásperi, Tratado de Derecho Hereditario, t. II, Nº 195, pág. 93 y ss.); y el albacea (art. 3856 C. argentino), como mandatario del testador, cuyos actos de disposición de bienes muebles o inmuebles, son igualmente válidos, cuando sean indispensables para la ejecución del testamento y hechos de acuerdo con los herederos o con autorización del juez de la testamentaria.

La tradición, por oposición a la transferencia del derecho de dominio, no puede hacerse a término ni bajo condición. (ver autores y opus cits. t. II, pág. 544).

Como se comprenderá, la consagración de la presente norma, importa desahucio de nuestro derecho del

principio según el cual **"La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida"**, enunciado por el art. 2412 del C. argentino, a imitación de lo estatuido por el art. 2279 del C. francés, inspirado en la regla enunciada por Bourjon. El espacio reservado a una apostilla meramente informativa de los antecedentes legislativos de los preceptos de un código, no nos permite recapitular aquí la crítica expuesta por Saleilles al art. 2279 del C. francés, como trasunto de los trabajos preparativos del Código alemán, en cuanto proponiéndose con él el legislador suministrar al poseedor de una cosa mueble un título de legitimidad y reconocerle, como propietario de ella, se satisface con una posesión de buena fe, sin exigirle además que esta buena fe, reducida a la mera creencia de ser o de llegar a ser propietario, se funde en un justo título. En efecto, el art. 2279 del C. francés y a su imitación el 2412 del C. argentino, sólo hablan de **posesión** y no de **adquisición**. La regla protege al poseedor de buena fe, no dice **"adquirente de buena fe"**. Según ésto, al poseedor le bastará haber creído que la persona con quien contrató era el propietario. Es, dice Saleilles, la atribución de una cualidad que no le pertenece, y que no afecta a las cuestiones relativas a la existencia o validez del procedimiento formal que ha servido de título de adquisición. Puede así un individuo contratar con el verdadero propietario de la cosa, pero abusar de mala fe de un error esencial del vendedor, y cubrir con el art. 2279 los vicios de su título. Viene de aquí que la jurisprudencia haya agregado un nuevo requisito al principio consignado en ese artículo, al declararlo inaplicable a las relaciones entre causante y causahabiente, o sea cuando se ejerce contra el poseedor una acción personal restitutoria promovida por el vendedor o sus herederos, fundada, por ejemplo, en que es un detentador precario, o que su título está resuelto o extinguido. Bufnoir acogió por buena esta decisión de la jurisprudencia al enseñar en su cátedra que la posesión exigida para la admisibilidad de la regla del art. 2279 es una posesión jurídica, no una posesión equívoca. (ver autor cit. **Propriété et Contrat**, pág. 373 y Saleilles, La Posesión de Bienes Muebles, pág. 109, versión castellana de Castán Tobeñas, Madrid, 1927).
Algo peor ocurre en el caso de doble tracto. El poseedor ha tratado con un tercero no propietario, como por ejemplo, con un depositario, —poseedor precario— que recibió la cosa del dueño. Como no se trata de una cosa robada o perdida, el propietario no podrá oponer la falta de título o la nulidad del título de adquisición, porque al poseedor le bastará con haber creído que el depositario era el legítimo dueño.

Otra objeción a que se ofrece la aplicación del art. 2279 del C. francés, y por consiguiente la del art. 2412 del C. argentino, es que, como norma procesal, es inepto para resolver los conflictos más comunes relativos a la propiedad de las cosas muebles, como por ejemplo si habiendo fallecido el propietario anterior y el que recibió la cosa mueble, pretendiesen sus herederos discutir la legitimidad de la posesión invocada por los sucesores universales del adquirente. En esta hipótesis, ni los unos ni los otros sabrían en qué forma, con qué fin, ni por qué título la cosa llegó a poder del adquirente. Los primeros no podrían alegar ni mala fe, ni precariedad, porque podría ocurrir que el poseedor la hubiera recibido desde el principio a título de propietario, o que la hubiera tenido equivocándose sobre la intención del que se los confió: en concepto de depósito, o acaso de fideicomiso y no de donación, como él creyó. En la cuestión así surgida no habría que resolver si el adquirente fue de buena fe, ni que fue precarista. Sólo se trataría de la existencia de un título de adquisición, requisito no exigido por aquellos preceptos, inaplicables a la prueba de la falta de título.

A evitar estas graves dificultades consagraron su atención los redactores del primer proyecto del C. alemán, al distinguir claramente los dos puntos de vista tan desgraciadamente confundidos en la fórmula única del art. 2279 del C. francés: los requisitos para la adquisición de la buena fe y el valor probatorio que resulta de la posesión.

Acerca del primero, —agrega Saleilles— había que fijar en favor de los terceros de buena fe las condiciones de adquisición originada por razón de la buena fe misma; debía ser ésta un título adquisitivo a la manera de la usucapión, no una simple presunción de propiedad; de modo que había que ocuparse de ella en el lugar correspondiente a los modos de adquirir la propiedad mobiliaria, o en el lugar destinado a las reglas de prueba referentes a este particular. (**opus cit.** pág. 139).
A tales fines responden la exigencia de los requisitos ya enumerados:
1º un contrato traslativo formal, consistente en la declaración del tradente de haber investido a su cootorgante de su derecho de propiedad y en la aceptación de esta adquisición y en la entrada en posesión de parte de este último.
Este contrato formal es el **justo título** en materia de adquisición de buena fe, siquiera este concepto no corresponda a la exigencia de igual nombre del Derecho francés y argentino, según los cuales, el **justo título** es el contrato productor de obligaciones y causa de la transmisión: compraventa, permuta, donación etc.

2º La tradición traslativa del dominio, como condición a que se subordina la buena fe en la adquisición. La tradición es así un **contrato real de transmisión**, pero que en el Derecho alemán es un **contrato abstracto**, que no debe confundirse con **contrato obligacional** o sea con la causa jurídica anterior en la que se funda y por virtud de la cual se realiza y opera la transmisión. (**opus cit.** pág. 140, y Nº 25, pág. 151).
3º La adquisición **"a non domino"**, como condición negativa: la de que el poseedor haya adquirido de un no propietario o, lo que es lo mismo, de uno cuyo derecho sea anulable, salvo que al tiempo de la adquisición, el adquirente sea de buena fe.
El **in fine** del art. 932 del C. alemán estatuye que: **"El adquirente no se considerará de buena fe cuando sepa que la cosa no pertenece al enajenante, o cuando su ignorancia a este respecto provenga de culpa grave"**. Si tratando con un no propietario padeciese el adquirente error acerca de los vicios de su adquisición, como por ejemplo, sobre la falta de facultades del tradente, ni la posesión, ni la buena fe le salvarían, porque, como ya se ha explicado, la posesión de buena fe no tiene por objeto purificar los vicios del título de adquisición. Claro está que esto no es aplicable cuando el representante se atribuye el caracter de dueño de la cosa, porque en este supuesto, la buena fe consiste en tratar con un no propietario creyendo que lo es. Para estos casos, el artículo 932 del C. alemán establece la protección que ofrece, y que reproduce el **art. 2706 del presente Código**. No se trata entonces —agrega Saleilles— de error sobre falta de derecho, sino sobre la existencia o la extensión de los poderes que ostenta el vendedor, y al adquirente toca, por consiguiente, cerciorarse de ellos y exigir la exhibición del poder, o de una manera general, que el vendedor pruebe el mandato y el caracter que invoca: si no hay tal prueba o el comprador prescinde de ella, habrá de conformarse con el riesgo de un contrato suceptible de anulación por falta de poderes. (ver **opus cit.** pág. 169 y **ss.**).
Llama la atención que hablando Bibiloni optado en esta materia por los arts. 929 y ss., del C. alemán, derogatorios del principio del art. 2279 del C. francés y por consiguiente del art. 2412 del C. argentino, según el cual **"la posesión de buena fe de la cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de propiedad"**, haya insertado en su Anteproyecto este mismo principio, tal como se halla enunciado por su art. 2322, el cual reza: **"Se presume, salvo prueba contraria, que el que ejerce un poder efectivo sobre cosas muebles, las posee a título de dueño si pretende tenerlas en ese concepto"**, precepto reproducido por la Comisión argentina de reformas del Código en el art. 1408 del Proyecto de 1936, con el agravamiento de no exigir el requisito de la buena fe. Y es lo peor que lo repiten el art. 2577 del Anteproyecto y el 1824 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2706. — Si el propietario está en posesión de la cosa, la tradición puede ser reemplazada por una convención entre él y el adquirente, en virtud de la cual venga éste a tener la posesión inmediata.

Ver: arts. 930 C. alemán. Por el presente artículo se reconoce que el constituto posesorio es equivalente a la tradición. No bastará un acuerdo tácito e indeterminado. Siempre será menester una convención precisa.

Art. 2707. — Si la cosa es poseída por un tercero, la tradición puede ser reemplazada por la cesión que el propietario haga al adquirente de la acción de restitución de la cosa.

Ver: arts. 931 C. alemán; 2452 parág. 3º del Anteproyecto de Bibiloni; 1530 inc. 3º del Proyecto argentino de 1936; 621 C. brasileño.
La cosa puede ser poseída por un tercero, a título de arrendatario, comodatario, depositario etc., con la obligación inherente de restituir la cosa mueble a su dueño. Puede el propietario ceder su acción real nacida del dominio. Mas si él tiene la posesión mediata de la cosa, debe además ceder su acción personal de restitución nacida de la relación jurídica en que se funda esta posesión mediata, porque él debe por esta cesión, transferir al adquirente su posesión mediata. La creación del poder de hecho, la tradición, debe ser suplida por la toma de posesión del adquirente en el señorío del propietario.
La cesión no se subordina en este caso a ningún requisito de forma. Tampoco se exige que el tercero haya sido informado de esta cesión.
Este se halla protegido, desde luego, contra toda actividad que pueda perjudicar su situación jurídica, en cuanto puede oponer al adquirente las excepciones que podía haber opuesto a la acción cedida.

Art. 2708. — La enajenación hecha conforme con el art. 2705 confiere al adquirente los atributos del propietario aun cuando la cosa no pertenezca al enajenante, a menos que aquél no haya sido de buena fe al tiempo de adquirir la propiedad según las disposiciones de ese artículo. Sin embargo, esto sólo tendrá lugar en el caso del parágrafo 2º del art. 2705 si el adquirente hubiere adquirido del enajenante su posesión.

El adquirente no es de buena fe cuando sabe que la cosa no pertenece al enajenante, o cuando su ignorancia a este respecto proviene de una culpa grave.

Ver: arts. 932 C. alemán; 2453 del Anteproyecto de Bibiloni; 1532 del Proyecto argentino de 1936.
Consagra el presente artículo la regla según la cual el adquirente de buena fe de una cosa mueble deviene propietario independientemente del derecho del enajenante, salvo que se trate de cosas robadas o perdidas, como lo estatuye el art. 935 del propio C. alemán y así también los arts. 2279 del C. francés; 2014 y 637 del C. holandés; 367 del C. austriaco; 1157 del C. italiano de 1942 (707 del abrogado); 714 del C. Civil suizo; 2412, 2765 a 2771 C. argentino; 464 C. español; 682 C. chileno; 752 C. colombiano; 715 C. ecuatoriano; 709 C. hondureño; 663 C. salvadoreño; 622 C. brasileño; 769 y 775 C. uruguayo; 794 C. venezolano; 498 C. guatemalteco; 798 y 799 C. mexicano; 285 C. costarricense; 890 C. peruano; etc.
El presente artículo, como su fuente inmediata, deroga la regla derivada de la definición del derecho de propiedad y de lo dispuesto por nuestro art. 2705, según la cual, sólo el propietario de una cosa puede disponer de ella de una manera eficaz, regla cuya exacta aplicación sería inconciliable con la seguridad de las transacciones impuesta por las necesidades económicas y sociales. En el conflicto surgido entre el interés de la seguridad de las transacciones y el del propietario, la doctrina y la legislación de consuno admiten que este último ceda al primero, pero a condición de que el adquirente crea haber contratado con el verdadero propietario y que éste, al abandonar voluntariamente la cosa, haya contribuido a dar al enajenante la apariencia de un verdadero propietario.
La primera parte de nuestro artículo consagra la regla general de que sólo el propietario puede transferir el dominio de la cosa mueble de su pertenencia; mas a renglón seguido viene lo que Saleilles llama la "adquisición a non domino", como condición negativa o tercer requisito de la adquisición válida de las cosas muebles, consistente en que el poseedor haya adquirido la cosa de un no propietario, a condición de que al tiempo de la adquisición haya sido de buena fe, lo cual equivale a excluir el caso contrario de la adquisición de la cosa mueble de quien es propietario.
El in fine del presente artículo define con harta claridad el concepto legal de la buena fe exigida en este caso.
Provee el Código alemán remedios legales destinados a atenuar el rigor a que el verdadero propietario se ve condenado a favor del adquirente que contrató y recibió la cosa por tradición hecha por el no propietario, tal como la acción de restitución del enriquecimiento del primero contra el enajenante, si la enajenación se hizo a título oneroso, o contra el adquirente, si la enajenación se hizo a título gratuito. (ver art. 816, parág. 1).
La buena fe que del adquirente de buena fe hace propietario, extingue definitivamente el dominio del propietario antiguo. Mal puede éste reivindicar la cosa. Otra es la solución cuando la cosa mueble ha sido robada o perdida, caso en el cual el dominio del propietario no se extingue y puede perseguirla en poder del adquirente, como lo dispone el art. 935 del C. alemán. (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 547; y Saleilles, opus cit. pág. 168 y ss.).
A la redacción del art. 2453 del Anteproyecto de Bibiloni en que se involucran más de una cuestión relacionada con la adquisición de la cosa mueble, hemos preferido la versión castellana literal del art. 932 del C. alemán.

Art. 2709. — Si vendiéndose la cosa mueble por un no propietario conforme con lo dispuesto por el art. 2706, el adquirente llegará a ser propietario de ella si su tradición le fuese hecha por el enajenante, salvo que en esta época no sea de buena fe.

Ver: art. 933 C. alemán. El presente artículo, desarrollo del precedente, se ocupa de la enajenación hecha por el no propietario y cuya tradición se efectúa por constituto provisorio, hipótesis en la cual, esta tradición ficta no inviste al adquirente de los atributos del dominio, sino a condición de que la tradición real le sea hecha por el enajenante, a menos que en esta época no sea de buena fe. Esta decisión es substancialmente la misma del art. 306 del Código alemán de comercio.

Art. 2710. — Si la cosa enajenada con arreglo al art. 2707 no perteneciere, al que la enajena, el adquirente llegará a ser propietario si el enajenante, habiendo retenido la posesión indirecta, le cediere su acción de restitución, o, en el caso contrario, el tercer poseedor le pusiere en posesión de la cosa, salvo que, en la época de la cesión de la acción o de la toma de posesión, no fuere de buena fe.

Ver: arts. 934 C. alemán; 2458 del Anteproyecto de Bibiloni; 1531 del Proyecto argentino de 1936.
A estar a lo estatuído en el presente artículo, para que la buena fe supla al título de propiedad, es menester que el adquirente tome posesión efectiva de la cosa (arts. 2709 y 2710), o, al menos que él sea investido de la acción de restitución contra el tercer adquirente, y ser de buena fe hasta ese momento.
En las dos hipótesis contempladas por el presente artículo, aquella en que el enajenante tiene la posesión mediata o indirecta, la condición de la buena fe del adquirente sólo es exigida en el momento de la cesión por el enajenante de su acción de restitución, importando poco que la pierda en lo sucesivo y que en el momento de obtener del tercero la posesión inmediata tenga conocimiento del vicio de la operación. La presente disposición se aplica igualmente en el caso de que el enajenante haya adquirido su posesión mediata por constituto posesorio, y que no obstante su buena fe, no haya devenido propietario en virtud del art. 2711
En la segunda hipótesis, por el contrario, en el caso de que el enajenante no tenga la posesión mediata, la condición de la buena fe no es exigida en el adquirente sino en el momento de la toma de posesión. Si él sabía que el enajenante no era propietario en el momento de la cesión de acción, nada impedirá que la propiedad le sea realmente transferida. (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 549).

Art. 2711 — Si la cosa mueble ha sido robada o perdida o de cualquier otro modo ha sido arrebatada a la posesión del propietario, su enajenación no hará adquirir su propiedad aun cuando sea hecha conforme con los arts. 2708 a 2710. Lo mismo acaecerá si teniendo el propietario la posesión por otro, fuere éste desposeído.

La presente disposición no es aplicable ni al dinero, ni a los títulos al portador, ni a los objetos que han sido enajenados en los remates públicos.

Ver: arts. 935 C. alemán; y en cuanto a los objetos adquiridos en remate público: arts. 464 parág. 2º C. español; 2280 C. francés; 3473 C. de Luisiana; 2768 C. argentino; 795 C. venezolano; 499 C. guatemalteco; 799 C. mexicano; etc.
El presente artículo expresa los casos de excepción a la regla de la adquisición de la propiedad de la cosa mueble en razón de la buena fe del adquirente. Traduce la regla germana Hand wahre Hand o sea que el adquirente de buena fe sólo goza de la protección legal si el propietario ha perdido voluntariamente la posesión de la cosa. Nuestro artículo no confiere ningún derecho de indemnización al adquirente que no deviene propietario.
El art. 2766 del C. argentino preceptúa que: **La calidad de cosa robada sólo es aplicable a la substracción fraudulenta de la cosa ajena, y no a un abuso de confianza, violación de un depósito, ni a ningún acto del engaño o estafa que hubiese hecho salir la cosa del poder del propietario,** como era la concepción francesa enseñada por Aubry y Rau y demás autores citados en la nota, e igualmente lo estatuía el art. 306 parág. 4º del Código alemán de comercio. Mas como enseñan Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del C. Civil alemán, la práctica extendió la aplicación del concepto de cosa robada o perdida a todos los casos en que una persona pierde su posesión contra su voluntad o sin su intervención. Esto es precisamente lo que dispone la primera parte del presente artículo. Bibiloni, tan adicto a las novedades legislativas del C. alemán, desdeñó esta vez la extensión de la idea de cosa robada o perdida más allá de los límites del art. 2766 del Código argentino, según puede verse en el art. 2455 de su Anteproyecto y en el 1825 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Dada la extensión del concepto de cosa robada o perdida, la doctrina civil alemana incluye en él la toma de posesión de los bienes hereditarios deferidos al heredero hecha por un tercero, contra su voluntad o sin su intervención, de suerte que siendo así, aun el que los adquiera de buena fe, no deviene propietario de ellos.
El efecto de una pérdida de posesión sin la voluntad del propietario es hacer ineficaz todas las enajenaciones futuras del objeto perdido o robado (Butnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 549 y ss).

Art. 2712 — Si la cosa enajenada se hallare gravada con el derecho de un tercero, este derecho se extinguirá con la adquisición de la propiedad. No obstante, esta regla no tendrá aplicación en el caso previsto en el parágrafo segundo del art. 2705, sino cuando el adquirente haya obtenido la posesión por conducto del enajenante. Si la enajenación se hiciere con arreglo a lo prescrito en el art. 2706, o si la cosa enajenada con arreglo al art. 2707, no estaba en la posesión indirecta del enajenante, no se extinguirá el derecho del tercero sino cuando el adquirente haya obtenido la posesión de la cosa en virtud de la enajenación.

El derecho del tercero no se extinguirá cuando, en la época que deba tomarse en consideración con arreglo al parágrafo anterior, no tenía buena fe el adquirente. En el caso previsto en el art. 2707, si el derecho perteneciese a un tercer poseedor, no se extinguirá ni aun respecto del adquirente de buena fe.

Ver: arts. 936 C. alemán; 2459 del Anteproyecto de Bibiloni; 1533 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936.
Aunque traida la substancia del art. 936 del C. alemán al Anteproyecto de Bibiloni y al Proyecto argentino de 1936, preferimos conservar su texto literal para evitar equívocos en su aplicación y facilitar a nuestros juristas su acceso a las fuentes alemanas de información.
El presente artículo, en virtud del cual, el que de buena fe adquiere una cosa mueble gravada con derecho de un tercero en la creencia de estar libre de todo gravámen, (como podría ocurrir con la venta de una cosa gravada con prenda de registro), se halla protegido contra el tercero, se aplica igualmente a la enajenación hecha por el propietario (arts. 2705-2707), que a la hecha por un no propietario (arts. 2708-2711).
Si la adquisición se hace del propietario, en la hipótesis del art. 2705, parágrafo 2º, debe el adquirente obtener la posesión del enajenante. En la hipótesis del art. 2707, será necesario que el tercero haya entregado la cosa al adquirente.
Si el enajenante no era propietario, bastará que las condiciones ordinarias sean cumplidas. Sólo se aplicará en este caso la primera parte del presente artículo.
Si el tercero afirma que su derecho subsiste, será de su cargo la prueba de la mala fe del adquirente, o sea de que conocía la existencia de su derecho o al menos que no podía ignorarlo sin incurrir en culpa grave.
Por excepción, cuando un comerciante vende una cosa en ejercicio de su comercio, el adquirente es protegido por el art. 2712 si ha tratado con el comerciante en la creencia de que estaba facultado a disponer de la cosa sin reserva de derechos.
Si el propietario ha perdido sin su voluntad la posesión de la cosa, los derechos constituídos sobre ésta no se extinguen sino en la medida en que el derecho de propiedad desaparece conforme con lo dispuesto por el art. 2711.
La regla de nuestro artículo comporta dos excepciones:
1º En virtud del parágrafo 3º, en el caso del art. 2707, si es el tercer poseedor el que es habiente derecho, hipótesis en la cual, su derecho subsiste aun respecto de un adquirente de buena fe.
2º Las partes y accesorios de un inmueble gravado de hipoteca, no se liberan de este gravámen por una enajenación que los separe del inmueble, no obstante la buena fe del adquirente (art. 1121 parág. 2º, 1er. párrafo C. alemán; 3157 y 3160 C. argentino). (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 551).

Sección V

De la propiedad de ganados y máquinas locomóviles

Art. 2713. — Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 2705 a 2712 sobre la propiedad de cosas muebles y de lo estatuído por el Código Rural en relación a la propiedad de ganados, la marca o señal en el ganado mayor o menor que la lleve constituye título de propiedad a favor de la persona o entidad que la tenga debidamente inscripta en el Registro de Marcas y Señales.

Ver: arts. 116 C. Rural paraguayo; 2463 del Anteproyecto de Bibiloni; 1536 del Proyecto argentino de 1936; 379 C. guatemalteco.

Art. 2714 — Toda transferencia de ganado mayor o menor se acreditará por certificado otorgado por el tradente a favor del adquirente, visado por la Dirección General de Impuestos Internos, de la que se tomará razón en un Libro habilitado al efecto por ella, previo pago del impuesto que grava su transmisión; o por la guía de traslado otorgada por la misma Dirección con pago del impuesto de transferencia, previa constatación en ambos casos de la propiedad de la marca del ganado transferido.

La visación y registro de certificados y guías de traslado de ganado podrá hacerse en las Agencias de Impuestos Internos debidamente autorizadas al efecto por la Dirección General.

Art. 2715 — Todo el que fuera de campos cercados, por caminos públicos, vecinales o senderos abiertos en la espesura de montes o praderas fragosas y desiertas, conduzca o arree ganado mayor o menor, está obligado a exhibir a la autoridad policial que le requiera, el certificado o la guía de traslado respectiva con que acredite su dominio, bajo pena de embargo si no lo poseyese o se negase maliciosamente a presentarlo. Hecho el embargo, la autoridad policial pasará los antecedentes al juez del crimen a quien competa conocer y entender del desacato.

Art. 2716 — Los animales sin marca, orejanos o no, que pasten en los

campos destinados a la cría de ganado, se presume que pertenecen al dueño del campo mientras no se pruebe lo contrario, a no ser que el propietario no tenga cría de la raza a que los animales pertenezcan.

Ver: art. 854 C. mexicano.

Art. 2717 — Los animales sin marca, orejanos o no, que se encuentren en campos de propiedad particular explotados en común por dos o más personas, se presumen del dueño de la cría de la misma especie y raza en ellas establecidas, mientras no se pruebe lo contrario. Si dos o más fuesen dueños de la misma especie o raza de ganado, mientras no haya prueba de que los animales pertenecen exclusivamente a alguno de ellos, se reputarán de propiedad común.

Ver: art. 855 C. mexicano.

Art. 2718 — La propiedad de toda máquina locomóvil o vehículo automotor debe inscribirse en el Registro especial habilitado en la Dirección General del Registro de la Propiedad, y su transmisión no podrá hacerse sino por escritura pública, previo certificado de no gravámen del mencionado Registro.

Ver: arts. 2468 del Anteproyecto de Bibiloni; 1538 del Proyecto argentino de 1936.

TITULO IV

CAPITULO UNICO

Del hogar seguro o patrimonio familiar

Art. 2719 — Cualquiera persona de uno u otro sexo, que oficie de jefe de familia respecto de los miembros de ésta y que vivan con ella en relación de dependencia, para su alojamiento, vestuario, alimentación, educación e instrucción, tiene derecho a poseer y disfrutar, en concepto de hogar seguro o patrimonio familar, una finca, rústica o urbana cuyo valor no exceda de quinientos mil guaraníes, con todo lo edificado, clavado y plantado en ella, que le pertenezca legalmente y esté ocupada por su familia, como residencia.

Para que los progenitores no casados gocen del derecho del hogar seguro deben haber inscripto su unión de hecho con arreglo a lo dispuesto por el art. 282, y reconocido a sus hijos habidos de ella.

Ver:: arts. 1851 C. de Puerto Rico; 723 a 746 C. mexicano; 548 á 555 C. guatemalteco; 70 C. brasileño; 167 C. italiano de 1942; 349-359 C. civil suizo; 632 C. venezolano; Leyes francesas del 12 de julio de 1909 y 26 de marzo de 1910; Ley texana de 26 de enero de 1839; ley federal americana del 20 de mayo de 1862 (**homestead act**).

Tomamos del Código de Puerto Rico la denominación castellana de **Hogar Seguro** y la de **Patrimonio Familiar** del C. italiano de 1942, para connotar la idea anglosajona del **Homestead** que el Paraguay instituyó por Ley Nº 309 del 8 de Octubre de 1918.

Primer asunto que debíamos considerar en la disciplina de esta figura jurídica, tan íntimamente vinculada al Derecho de Propiedad, era su ubicación en el presente Código, materia acerca de la cual no hay unidad de criterio.

En efecto, el Código Civil del Brasil (arts. 70 a 73) le asigna un lugar en el Libro II, Título Unico, Cap. 5º, consagrado a la clasificación de las diferentes clases de bienes, o sea en la Parte General, no sin merecer la censura de Justiniano de Serpa y del propio Clovis Bevilaqua (ver: Bevilaqua, opus cit. t. I, pág. 301).

El Código mexicano (arts. 723 a 746), le consagró un vasto Capítulo del Libro Primero, Tít. XII, del Derecho de Familia, después de las disposiciones que disciplinan los efectos de la ausencia respecto de los derechos eventuales del ausente. El Código italiano de 1942 le reservó un sitio en el Libro I, Cap. VI, Sección II, que trata del régimen patrimonial de la familia (arts. 167 a 176).

El Código vvenezolano, más lógico que los anteriores, trata de "El Hogar" (arts. 632 a 643), después del Uso y la Habitación, entre las limitaciones del Derecho de Propiedad.

El Código Civil suizo le reservó un lugar en el Derecho de Familia, después de las disposiciones relativas a la autoridad doméstica, con el nombre de **"asilo de familia"** y la singularidad de concebirla como una de las tres instituciones agrupadas con los títulos de: **"Fundaciones de Familia"** (art. 335); **"Indivisión"** (arts. 336 a 348), y finalmente "Asilo de Familia" (arts. 349 a 359).
No consistiendo la institución que nos ocupa en un elemento de derecho del régimen patrimonial del matrimonio, que, a su disolución, haya de ser reclamado por el cónyuge a quien corresponda, sino de un predio o sea de un inmueble que, en consideración a su destino social de servir de residencia a una familia de escasos recursos, por lo común de proleterios o de gente que vive de sus manos, se halla exento de embargos, sentencia, exacción o ejecuciódn de lo que se adeudare por concepto de su adquisición, por mejoras que se hiciesen en él, evidente es que se trata de una ventaja inherente a una singular categoría del dominio, limitado esta vez, no en consideración de la vecindad, sino de los acreedores del fundador del Hogar Seguro o Patrimonio Familiar, destituídos de su acción personal por las deudas que él haya contraído, excepción de las contraídas para adquirir el inmueble o por las mejoras que en él hubiese hecho. Siendo así, como lo es, juzgamos más racional seguir el ejemplo del Código de Puerto Rico que trata de esta materia en el Derecho de Cosas, después de las Servidumbres Voluntarias.

Art. 2720 — El inmueble constituído en Hogar Seguro es inalienable, no podrá ser arrendado, ni gravado, ni renunciado y estará exento de embargos, sentencias, exacción o ejecución, excepción hecha de lo que se adeudare por concepto de su adquisición o compra, o de las responsabilidades incurridas por razón de mejoras que se hicieren en él, y de lo adeudado por impuestos.

Ver: arts. 1852 C. de Puerto Rico; 70 parág. 1º C. brasileño; 639 C. venezolano; 727 C. mexicano; 537 parágs. 1º y 2º C. italiano; 354 Inc. 1º y 2º, C. Civil suizo.

Art. 2721 — La excención establecida en el artículo anterior subsistirá después de la muerte del jefe de familia a beneficio del cónyuge supérstite mientras éste continúe ocupando dicho hogar seguro, y después de la muerte de ambos cónyuges a beneficio de sus hijos hasta que el menor de éstos haya llegado a la mayoridad. En caso de que el marido o la mujer abandonase su familia la exención continuará a favor del cónyuge que ocupe la finca como residencia; y en caso de separación de bienes, decretada como secuela de la separación judicial de cuerpos, el juez de la causa dispondrá que el cónyuge inocente goce del Hogar Seguro en calidad de jefe de familia. Si la separación de cuerpos fuere decretada por culpa de ambos, el juez decidirá de acuerdo con la equidad.

Cuando se trate de persona no casada, pero jefe de familia por razón de depender de ella para su subsistencia, sus ascendientes y descendientes hasta el cuarto grado, la exención continuará subsistente, después de la muerte de aquélla, a beneficio de sus indicados parientes mientras éstos continúen ocupando dicho Hogar Seguro, y hasta tanto que el menor de dichos dependientes haya llegado a la mayoridad.

Ver: arts. 1853 C. de Puerto Rico; 175 C. italiano; 70 parágrafo 2º C. brasileño; 636, 641 y 642 V. venezolano; 741 inc. 1º C. mexicano; en contra: 357 C. Civil suizo.

Art. 2722 — Para que el jefe de familia pueda constituir un inmueble en Hogar Seguro, poseerlo y disfrutar de él, será necesario que al tiempo de su constitución no posea otro inmueble ni tenga deudas pendientes cuyo pago pueda por ella ser perjudicado.

La exención obtenida por el art. 2720 se refiere a las deudas posteriores a la constitución del Hogar Seguro, y no a las anteriores, si se verificara que éstas se tornaron inexigibles en virtud del acto de constitución.

Ver: art. 17 C. brasileño. Explicando Bevilaqua este precepto expresa que mira él a tornar claro:
a) Que el deudor insolvente no puede, en perjuicio de sus acreedores, retirar de la garantía de éstos un predio en beneficio de su familia. El predio debe estar libre de hipoteca. El patrimonio del deudor, en el momento de la institución, debe ser tal que, deducido el predio destinado a residencia o domicilio de su familia, pueda hacer frente a las responsabilidades que haya asumido.
b) Que las deudas anteriores a la institución puedan ser pagadas, en ejecución judicial, del inmueble afectado a Hogar Seguro, si no hubiere otro bien sobre el cual pueda ejercerse el derecho del acreedor (ver: autor y opus cits. t. I, pág. 303).

Art. 2723 — Toda persona que en su calidad de jefe de familia adquiera una finca rústica o urbana para establecer y fijar en ella su Hogar Seguro, lo manifestará por escrito al juez de primera instancia en lo civil de turno, en el que designará con toda precisión y de manera que puedan ser ins-

criptos en el Registro de la Propiedad, el o los bienes que van a quedar afectados.

Comprobará, además, lo siguiente:

I) Su nombre y apellido, patria, edad, estado, profesión y domicilio;

II) La existencia de la familia a cuyo favor se va a constituir el patrimonio. La comprobación de los vínculos de parentesco se hará con las copias de las actas de nacimiento del Registro del Estado Civil;

III) Que el o los bienes destinados al patrimonio son de su legítima propiedad, libres de gravámenes fuera de las servidumbres;

IV) Que el valor de los bienes no excede del fijado en el art. 2719.

V) Que firma bajo la fe del juramento que no tiene otro bien raiz ni deudas pendientes, salvo la contraída para la adquisición de los bienes a ser asiento del Hogar Seguro.

Ver: arts. 731 y 737 C. mexicano; 637 C. venezolano; 1854 C. de Puerto Rico.

Art. 2724 — El Juez proveerá:

1) Que el inmueble sea justipreciado por la Dirección de Impuesto Inmobiliario;

II) La citación por edictos a todos los que tengan interés en la eventual constitución del Hogar Seguro solicitada por el recurrente, los que se publicarán durante quince días consecutivos por la prensa.

Ver: arts. 638 C. venezolano; y 739 C. mexicano; 351 C. Civil suizo.

Art. 2725 — Vencidos los edictos y llenadas las formalidades prescriptas en los artículos anteriores sin haberse formulado oposición de ningún interesado, el juez declarará constituido el Hogar Seguro en los términos solicitados, libre de embargos y remates por toda obligación anterior, aunque conste de instrumento público o de sentencia ejecutoriada, y ordenará que la solicitud y declaratoria se inscriban en el Registro de la Propiedad y se publiquen tres veces por la prensa. Mientras no se hayan cumplido con todas estas formalidades, el Hogar Seguro no producirá los efectos que le atribuye el presente Código.

Si antes de la declaración judicial hubiere oposición, el juez la resolverá por los trámites de las excepciones perentorias.

Ver: art. 639 C. venezolano; 352 y 353 C. Civil suizo; 73 C. brasileño. El Hogar de Seguro no puede ser instituído en fraude de los acreedores. Si así resultase de la oposición, el Juez rechazará la solicitud.

Art. 2726 — El Hogar Seguro no podrá ser enajenado ni gravado sin oírse previamente a todas las personas en cuyo favor se haya establecido, o a sus representantes legales, y sin autorización judicial que sólo se dará en caso comprobado de necesidad extrema.

Ver: arts. 640 C. venezolano; 72 C. brasileño 11 de la Ley francesa del 12 de julio de 1909; 727 C. mexicano; 354 C. Civil suizo.
La decisión del presente artículo se inspira en análoga regla vigente en todos los Estados Americanos que cuentan el Homestead entre sus instituciones sociales de protección a las familias proletarias. El consentimiento de la mujer para la enajenación de los bienes de la comunidad es regla de nuestro derecho. Mas nuestro artículo exige además la conformidad de los hijos, de los cuales, los menores de edad serán provistos de tutor especial, sin perjuicio de la autorización que debe impetrarse del juez.

Art. 2727 — La autoridad judicial competente puede obligar al jefe de familia a dar alojamiento y asistencia a sus parientes en línea recta ascendente y descendente, así como a sus hermanos y hermanas, cuando su posición lo exija, y siempre que no sean indignos, o de notoria mala conducta.

Ver: art. 335 C. Civil suizo; 643 C. venezolano. La obligación así impuesta al jefe de familia es consecuencia de la deuda alimentaria estatuida por el art. 405 de este Código.
Cuanto a la indignidad se admitirá por analogía la del Derecho hereditario.

Art. 2728 — Con el objeto de estimular y favorecer la formación del Hogar Seguro, se venderán a las personas que acrediten capacidad legal pa-

ra constituirlo y que manifiesten su voluntad de hacerlo, las propiedades raíces que por compra o expropiación hayan pasado al dominio del Instituto de Bienestar Social y sean por éste dedicados a la formación del Hogar Seguro de las familias de escasos recursos.

Ver: art. 735 C. mexicano.

Art. 2729. — La autoridad administrativa competente, fijará la forma y el plazo en que debe pagarse el precio de los bienes que a los fines del Hogar Seguro vendiere a los que lo soliciten, teniendo en cuenta la capacidad económica del comprador.

Ver: art. 736 C. mexicano.

Art. 2730 — Los beneficiarios de los bienes afectados al Hogar Seguro serán representados en sus relaciones con terceros, en todo a lo que al patrimonio se refiere, por el que lo constituyó, y, en su defecto, por el otro cónyuge, y a falta de éste, por el que nombre la mayoría.

El representante tendrá además la administración de dichos bienes.

Ver: art. 726 C. mexicano; 174 C. italiano.

Art. 2731 — El vínculo sobre los bienes que constituyen el Hogar Seguro cesa por la separación de cuerpos, voluntaria o judicial, de los esposos, si no tuvieren hijos o si éstos han alcanzado todos la mayor edad.

En caso diverso, el vínculo dura hasta que el último de los hijos haya alcanzado la mayoridad, o hubiere fallecido el último miembro de la familia para quien fue constituído el Hogar.

Extinguido el vínculo, quedarán extinguidas las exenciones del art. 2720 y expeditas las acciones personales y reales de los acreedores.

Ver: art. 175 C. italiano; 641 C. venezolano; 554 C. guatemalteco.

TITULO V

DEL CONDOMINIO

CAPITULO I

Art. 2732 — Hay condominio cuando dos o más personas comparten, por contrato, por actos de última voluntad o por disposición de la ley, el goce y disfrute común de una sola y misma cosa mueble o inmueble, sin que ninguna de ellas pueda excluir a la otra en el ejercicio del derecho real proporcional inherente a su cuota parte ideal o abstracta en la cosa, ni de otro modo que el estatuído por el presente Código. No es condominio la comunidad de bienes que no sean cosas.

Ver: arts. 2673 a 2675 C. argentino; 4335, 4338 y 4339 del Esboco de T. de Freitas; Aubry y Rau, t. II, parág. 221 texto y nota 2, pág. 578, 5ª edición; 2507 del Antepreyecto de Bibiloni; 1580 del Proyecto argentino de 1936; 1100 C. italiano; 392 C. español; 1008 C. aleman; 646 C. Civil suizo; 2175 y 2177 C. portugués; 623 C. brasileño; 759 y 761 C. venezolano; 938, 941 y 942 C. mexicano; 895 C. peruano; 1692, 1695 C. nicaraguense; 817 del C. de la República de China.

Omitida en el código francés la disciplina del condominio o co-propiedad, se observa idéntico blanco en las obras legislativas estructuradas bajo su influencia, como los códigos de Luisiana, boliviano, guatemalteco y República Dominicana.

Dada la exclusividad del derecho de propiedad sabe a paradoja que paralelamente se instituya la co-propiedad, caracterizada por la no exclusividad del derecho atribuido a cada condómino, de donde viene que Bevilaqua califique a esta figura del derecho de **"forma anormal de la propiedad"** (t. III, pág. 168).

Tal es la razón por la cual la definición del presente artículo se aparta de la de Aubry y Rau, quienes enseñan que

"La co-propiedad es el derecho de propiedad que compete a varias personas etc. etc.", incurriendo así en una manifiesta contradicción, porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.
No es inverosímil que estas mismas reflexiones fuesen las que indujeron a Pothier a soslayar la idea de "co-propiedad" y a optar por la del "cuasi-contrato de sociedad", como la idea más aproximada al instituto al que llamamos "condominio". Cuasi-sociedad, porque si la sociedad supone siempre un contrato, la figura que nos ocupa puede constituirse sin la voluntad y el consentimiento de las partes, como en el caso de una sucesión deferida a varios herederos o de un legado o varios legatarios.
Si la sociedad supone en su constitución un sólo título, el condominio puede constituirse por dos o más, como por ejemplo, si el testador lega por una de sus disposiciones la mitad de un bien a un legatario, y en virtud de otra disposición la otra mitad a otro legatario (ver: autor cit. **Premier Appendice. Du Quasi-Contrat de Communauté**, in **Oeuvres**, t. IV, ns. 181 a 183, pág. 308).
Este punto de vista mereció la acogida de Bufnoir, quien enseña que las consecuencias del estado de indivisión constituyen obligaciones que se fundan en un cuasi-contrato. Y agrega que el mismo fundamento puede darse al derecho de pedir la partición (ver: autor cit. **Propriété et Contrat**, pág. 785).
En la legislación civil americana, sentó ejemplo el Código de Chile al disciplinar el condominio, no como co-propiedad, sino como **"Cuasi-Contrato de Comunidad"** (arts. 2304 a 2313), y a su imitación los códigos salvadoreños (arts. 2052 a 2060); ecuatoriano (arts. 2323 a 2332); hondureño (arts. 2213 a 2235); salvadoreño (arts. 2055 a 2064); costarricense (art. 1044); etc.
La omisión de la disciplina del condominio en el Código francés fue llenada por la doctrina y la jurisprudencia con reglas trasegadas de las que rigen la indivisión hereditaria, la sociedad civil y el derecho de propiedad, todas inspiradas en el Derecho romano.
Esta teoría, dice Picard, hace de la indivisión un estado inorgánico que no puede ser sino provisorio y al cual la partición debe poner fin rápidamente. Nuestro derecho —agrega— no conoce en principio, la indivisión organizada. Ciertas legislaciones, por el contrario, han establecido una co-propiedad organizada, en la cual, el derecho de administrar la cosa y de disponer de ella pertenece a un órgano de dirección que obra en nombre de todos, tal como la propiedad en mano común del derecho alemán (ver: autor cit. **Les Biens** in Planiol y Ripert, t. III, Nº 286, pág. 274 y ss.).
El Código alemán reconoce dos formas distintas de indivisión: la una, designada con el nombre de co-propiedad (**Miteigenthum**) que corresponde a la indivisión del derecho común y por consiguiente cada uno de los copropietarios tiene una cuota parte de la cosa y puede disponer de ella, como quiera. De ella se ocupan los (arts. 1008 a 1011); y la otra, que tiene su origen en la comunidad del derecho germánico (**Gemeinschaftliches Eigentum zur gesammten Hand**), es caracterizada por el hecho de que los habientes derechos no pueden disponer separadamente de su parte en la cosa indivisa (ver: Bufnoir y demás traductores y anotadores franceses del Código alemán, t. II, pág. 618).

Art. 2733. — Ninguno de los condóminos puede, sin el consentimiento de todos sus comuneros, ejercer sobre la cosa común, ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales o jurídicos que importen el ejercicio actual e inmediato del derecho de propiedad. Bastará la oposición de uno de ellos para impedir lo que la mayoría quiera hacer a este respecto.

Ver: arts. 2680 C. argentino; 4350 Inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 628 y 633 C. brasileño; 397 C. español; 1108 C. italiano; 828 C. austriaco; 648 parágrafo 2º C. Civil suizo; Aubry y Rau, t. II, parág. 221, Nº 2º, texto y nota 8, pág. 580, 5ª edición; Demolombe, t. XI, Nº 447, pág. 539; Zachariae, t. II, parág. 279, texto y nota 10, pág. 72; 2510 segunda parte del Anteproyecto de Bibiloni; 1582 parág. 1º del Proyecto argentino de 1936. Confiere este artículo el derecho del veto de uno contra la mayoría.
Evidente la forma anormal de la propiedad constituída en condominio por dos o más personas, en cuanto no se concibe su ejercicio exclusivo, sino sólo en la medida conciliable o compatible con la indivisión, conviene a su disciplina cierta gradación de las peculiaridades negativas de su estructura antes de tratar del aspecto positivo de la distribución y orden de sus partes, o sea de los derechos emergentes de él, razón por la cual preferimos tratar en primer lugar de lo que los comuneros no pueden hacer, para considerar después las facultades o derechos que pueden ejercer. Otro es el método del Código argentino, directamente inspirado en el observado por los tratadistas franceses, como Aubry y Rau, Demolombe, Zachariae, Toullier, Pardessus, Maynz, Pothier, etc., y no menos en el **Esboço de T. de Freitas**.

Art. 2734. — Ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común innovaciones materiales ni cambiar su destino sin consentimiento de todos los otros; ni enajenar, ni constituir servidumbres, ni hipotecas con perjuicio del derecho de los copropietarios. El arrendamiento o alquiler hecho por alguno de ellos es de ningún valor.

Ver: arts. 2681 y 2682 C. argentino; 647 parág. 3º C. Civil suizo; Aubry y Rau, t. II, parág. 221, texto y notas 9 a 11, pág. 580, 5ª edición. Sin correspondencia ni en el Anteproyecto de Bibiloni, ni el Proyecto argentino de 1936, acaso porque dado lo estatuido en el artículo anterior, el presente haya sido considerado superfluo.
La regla francesa según la cual los asociados se reputan haberse dado mandato para la administración, no se aplica al condominio constituído **sine affectu societatis**.
Si en subversión del presente artículo uno de los condóminos hiciese, sin el consentimiento de los otros, innovaciones materiales en la cosa común, como por ejemplo el cambio de los cultivos de un inmueble por otro, o la conversión de una finca rústica aplicada a una determinada explotación agrícola en campos de pastura, autorizaría a los otros comuneros a protegerse por el ejercicio de las acciones posesorias pertinentes y obligar así al responsable de tales hechos a restablecer la cosa en su primitivo estado, e indemnizarle los daños y perjuicios que les hubiere causado.
Nuestro artículo no define lo que debe entenderse por "innovaciones materiales", pero la doctrina propende a considerar por tal, por ejemplo; el cambio de destino de la cosa, o el cambio de su modo de ser. (ver: Bevilaqua, t. III, pág. 173; CurtiForrer, notas 13 a 15 al art. 647 del C. Civil suizo; pág. 505; Wieland, opus cit. Nº 6, pág. 90).

Art. 2735. — Sin embargo, la enajenación, constitución de servidumbre o hipotecas, el alquiler o arrendamiento hecho por uno de los condóminos

vendrá a ser parcial o íntegramente eficaces, si por el resultado de la división el todo o parte de la cosa común le tocase en su lote.

Ver: arts. 2683 C. argentino; 2511 del Anteproyecto de Bibiloni; 1582 parág. 2º del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. II, parág. 22, texto y nota 11, pág. 581, 5ª edición; Zachariae, t. II, parág. 279, texto y notas 24 a 27, pág. 77 y ss.; Demolombe, t. XII, Nº 742, pág. 246; Duranton, t. V, Nº 544, pág. 538, 4ª edición, etc.

Art. 2736. — Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la división; pero les es permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente. El testador y el donante pueden imponer igual condición. Los convenios o cláusulas de indivisión producen efecto respecto de los sucesores particulares, si tratándose de inmuebles, estuvieren inscriptos en el Registro.

Ver: arts. 2693 y 3452 C. argentino; 815 C. francés y sus concordantes: 841, 883, 1667 a 1671, y 2205 sobre indivisión de herencias; 1112 C. holandés; 713 C. italiano; 1215 C. de Luisiana; 645 C. boliviano; 629 C. brasileño; 749, 758 y 1010 C. alemán; 2185 C. portugués; 400 C. español; 768 C. venezolano; 830 y 831 C. austriaco; 650 C. Civil suizo; 1115 C. uruguayo; 996 C. guatemalteco; 939 C. mexicano; 2313 y 1317 C. chileno; 2340 inc. 3 p 1374 C. colombiano; 2332 y 1373 C. ecuatoriano; 2235 y 1225 C. hondureño; 2064 y 1196 C. salvadoreño; 1349 C. nicaraguense; 2871 C. de Puerto Rico; 4349 inc.3º, 4362 y 4364 del Esboço de T. de Freitas; 2516 parág. 2º y 2517 del Anteproyecto de Bibiloni; 1586 del Proyecto argentino de 1936. Como se comprenderá el presente artículo no rige respecto de los bienes gananciales constitutivos de la comunidad de bienes de los esposos casados bajo el régimen convencional de comunidad limitada de gananciales. Tampoco es aplicable a las cosas destinadas a permanecer indefinidamente comunes, como son los muros o paredes medianeros; los cercos, zanjas y vallados divisorios; y los sepulcros en que se hayan sepultado restos de los miembros difuntos de la familia. (ver: Bevilaqua, t. III, pág. 174).

Art. 2737. — Cada copropietario tiene derecho a pedir en cualquier tiempo la división de la cosa común, cuando no se encuentre sometida a una indivisión forzosa.

Ver: art. 2692 C. argentino; 2516 del Anteproyecto de Bibiloni; 1581 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. II, parág. 221, Nº 5, texto y notas 16 y 17, pág. 582; Laurent, t. X, Nº 229, pág. 260. Cuanto a los bienes afectados de indivisión forzosa, ya los hemos señalado en la nota al artículo anterior. Véanse sobre este particular los arts. 2710 a 2716 del Código argentino. Es una carga impuesta a un bien por razón de su destinación, y no una servidumbre, como por error se la califica. Volveremos sobre esta materia, más adelante.
Dada la naturaleza provisoria del condominio, consideramos que de los derechos de él emergentes, debe darse primer lugar al de pedir la división. Tal es la razón por la cual alteramos en este sentido el orden de los preceptos del Código argentino relacionados con el condominio.

Art. 2738. — En tanto subsista la indivisión, cada condómino podrá ejercer, sin consentimiento de los otros comuneros, los derechos inherentes a su cuota parte ideal en la cosa y en la medida que sea compatible con el derecho igual y abstracto de los demás. Podrá vender o ceder su cuota parte indivisa sin que sus comuneros puedan impedirlo y sus acreedores podrán embargarla y hacerla vender antes de la partición. Podrá igualmente hipotecarla, pero subordinada la hipoteca al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso de que el inmueble fuese adjudicado a otro condómino, o enajenado al tercero para efectuar la partición.

Ver: arts. 2676 a 2678 C. argentino; 2508 del Anteproyecto de Bibiloni; 1508 incisos 1º, 2º y 3º del Proyecto argentino de 1936; Aubry y Rau, t. II, parág. 221, Nº 1º, texto y nota 4 a 6, pág. 579, 5ª edición; Laurent, t. XXVI, Nºs 436 y 439; pág. 441 y ss.; Zachariae, t. II, parág. 279, texto y notas 5 y 8, pág. 71; Toullier, t. III, Nº 573, pág. 420, 4ª edición; Demante, t. II, Nº 541 bis V, pág. 600; Demolombe, t. XI, Nº 447, pág. 539; etc.
Ver: también: arts. 623 inc. III) C. brasileño; 1009 C. alemán; 646 parág. 3º C. Civil suizo; 1003 C. italiano; etc. La venta o la cesión que el comunero puede hacer de su cuota parte indivisa no sufre limitación por razón de la persona del comprador o del cesionario, pues, lo mismo es que se trate de condóminos o de extraños. Nada impedirá que el condómino haga abandono de su cuota parte. No podrá constituir sobre su cuota parte una servidumbre predial, porque este derecho no es suceptible de partición.

Art. 2739. — Todo condómino puede obligar a sus copartícipes en proporción a sus partes a abonar los gastos de conservación o reparación de la cosa común con más los intereses sobre las sumas que con ese fin hubiere hecho el pago. Los condóminos requeridos podrán liberarse de la obligación de contribuir, haciendo abandono de su derecho.

Ver: arts. 2685 y 2686 C. argentino; 2512 del Anteproyecto de Bibiloni; 1581 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936; 624 y 625 C. brasileño; 1104 C. italiano; 748 C. alemán; 2178 C. portugués; 395 C. español; 2309

C. chileno; 2327 C. colombiano; 2328 C. ecuatoriano; 2216 C. hondureño; 2060 C. salvadoreño; 1696 C. nicaraguense; 762 C. venezolano; 649 C. Civil suizo; 944 C. mexicano; 900 C. peruano; 4349 del **Esboço de T. de Freitas**; argumento del art. 1859 inc. 3º del C. francés; Aubry y Rau, t. II, parágrafo 221, Nº 4º, texto y nota 15, pág. 582, 5ª edición; Pothier, opus cit. in **Oeuvres**, t. IV, Nº 192, pág. 311; Demolombe, t. XI, Nºs 448 y 449, pág. 540 y ss.; Zachariae, t. II, parág. 279, texto y nota 11, pág. 72; Laurent, t.XXVI, Nº 437, pág. 442; 2512 del Anteproyecto de Bibiloni; 1581 inc. 4º del Proyecto argentino de 1936.

Nuestro artículo consagra la doctrina francesa según la cual el condómino renuente a soportar los gastos irrogados por la conservación o reparación de la cosa común puede liberarse de tal obligación haciendo dejación de su cuota parte indivisa. Y aun cuando no se agregue si a favor de quién se haría el abandono, ocioso es que éste sólo beneficiaría a los otros comuneros para recuperar lo gastado por ello en tal concepto, con más sus intereses. El art. 253 del C. japonés preceptúa que la parte abandonada será adquirida por los otros comuneros.

Mas el Código brasileño, apartándose de estos antecedntes dispone por su art. 624 que negándose uno de los condóminos a soportar los gastos mencionados, se procederá a la división, de suerte que cada parte responda de su cuota on la deuda.

Art. 2740. — Todo comunero tiene derecho a reivindicar su cuota parte contra los otros condóminos, y a hacer valer respecto de terceros los derechos resultantes del dominio sobre la totalidad de la cosa. Si ésta hubiere de restituirse, la entrega se hará por consignación o secuestro por cuenta de todos los copartícipes, con arreglo a los principios sobre la cosa juzgada en materia de obligaciones indivisibles.

Ver: arts. 2679 C. argentino; 896 C. peruano; 2509 del Anteproyecto de Bibiloni; 1581 inc. 5º del Proyecto argentino de 1936; 634 C. brasileño; 1011 C. alemán; Aubry y Rau, t. II, parág. 221, Nº 1, texto y nota 7, pág. 580, 5ª edición; Zachariae, t. II, parág. 279, texto y nota 7, pág. 71. Cuanto a la reivindicación de la totalidad por uno de los comuneros, hay discrepancia entre los juristas argentinos. Así, Segovia dice en la nota 14 al art. 2681 de su numeración que "cada condómino reivindica su parte indivisa únicamente, porque sólo se reivindica lo propio y no lo ajeno" (t. II, pág. 140, 1ª edición). Mas en perfecta contradicción, Bibiloni sostiene lo contrario en su nota al art. 2509 de su Anteproyecto, porque según lo estatuye el art. 679 del C. argentino, la entrega de una cosa cierta es siempre indivisible. Mas adelante agrega que "lo que el condómino puede reivindicar es la cosa, y esa cosa no puede ser reivindicada sino por el todo". Así, dice nuestro autor, el que con otros es acreedor de una cosa cierta, no está impedido de exigir del deudor la entrega, el cumplimiento íntegro de la obligación indivisible, tal como lo autoriza el art. 686 del C. argentino. No hay dos clases de entrega, de tradición, una para pago, otra para restitución de lo reivindicado. Esta unidad de situaciones impone la unidad de las soluciones. Tal es la doctrina de Savigny y Windscheid. Según el primero, puede el condómino ejercer la **acción negatoria** con efecto respecto de todos sus condóminos, la que naciendo del dominio, permite aplicar la misma razón a la acción reivindicatoria. El segundo enseñó que no hay distinción que hacer. Comparte estos puntos de vista Dernburg, citado por el mismo Bibiloni. Explícase así que por aplicación del art. 1011 del C. alemán cada copropietario puede hacer valer contra terceros,, **por toda la cosa, las acciones que tenga como tal propietario, o sea no sólo la de reinvindicación, sino también las acciones confesorias y negatorias.** (ver: Bibiloni, t. III, pág. 136 y ss., edición Kraft).

En principio la doctrina expuesta por el autor del Anteproyecto no es ninguna novedad en el Derecho argentino. Consiste su mérito en excluir toda duda o vacilación sobre el derecho de uno de los condóminos a reivindicar todo el inmueble en que él tenga su cuota parte. Mas tanto la doctrina, como la cátedra y la jurisprudencia argentina de consuno, llevan largo tiempo de haberla consagrado, según así puede verse en el Tratado de los Derechos Reales de Lafaille (t. III, Nºs 2051 y 2052, pág. 413 y ss.).

Art. 2741. — A las deudas contraidas en pro de la comunidad y durante ella, no está obligado sino el condómino que las contrajo, quien tendrá acción contra sus comuneros para el reembolso de lo que hubiere pagado.

Si la deuda hubiere sido contraída conjuntamente por todos los condóminos, sin expresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad, están obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya gastado de más, respecto de la cuota que le corresponda.

Ver: arts. 2687 y 2688 C. argentino; 2307 C. chileno; 2325 C. colombiano; 2326 C. ecuatoriano; 2217 C. hondureño; 2058 C. salvadoreño; 1697 C. nicaraguense; 625 y 626 C. brasileño. La decisión de este Código difiere de la del C. de Chile y el argentino, porque si la deuda ha sido contraída por todos los condóminos, sin discriminar la parte de cada uno en la obligación colectiva, ni haberse estipulado solidaridad, se entiende que cada uno de ellos se obligó —no por partes iguales— sino proporcionalmente a su cuota parte en la cosa común. Ver igualmente: arts. 2513 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1583 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2742. — El condómino acreedor por desembolsos en concepto de cargas, por gastos conservatorios o de reparación, tendrá derecho a exigir el pago preferente de ellas, al ser dividida la comunidad. Esta facultad podrá hacerse valer, aun contra los sucesores a título singular, siempre que las deudas estuvieren inscriptas en el Registro, o se hubiere hecho una anotación preventiva, si se tratare de inmuebles.

Si para obtener el pago fuere necesario vender la cosa, se procederá como en el caso de cesar la indivisión.

Ver: arts. 755 y 756 C. alemán; 2514 del Anteproyecto de Bibiloni; 1584 del Proyecto argentino de 1936. Por referencia a los arts. 755 y 756 del C. alemán, Bufnoir y demás traductores y anotadores de dicho Código, enseñan que ha parecido conforme con la equidad que cada coparticipe no fuera considerado habiente derecho de lo que reciba por su cuota parte indivisa sino con deducción de lo que él debe a sus comuneros, a título de condómino. Esta decisión del Primer Proyecto pasó al art. 756 del Código Civil, pero ampliada en su campo de aplicación a iniciativa de la Comisión. Se hizo notar, en efecto, que si por relación a las deudas contraídas conjuntamente bajo las condiciones del art. 748 (análogo al art. 2739 del presente Código), uno de los copartícipes hubiere hecho anticipos por los otros, se encontraría en virtud del art. 426, párrafo 2º, (que corresponde a lo dispuesto por el art. 992 parág. 2º de este Código), autorizado a invocar contra los otros los derechos reconocidos a los copartícipes acreedores los unos de los otros en sus relaciones entre sí. La Comisión juzgó que una garantía análoga debía acordarse, por anticipado, a los copartícipes, por razón de una deuda de este género, fundada en la misma causa, si fuesen deudores solidarios, y la deuda no fuese todavía pagada al tiempo de la partición, porque de otro modo cada uno se vería expuesto a hacer anticipos por el todo sin garantía alguna en relación al recurso. (ver opus y autores cits. t. II, nota al art. 756, pág. 281 y ss.).

El art. 755 del C. alemán admite la solidaridad de los codeudores partícipes de un condominio, solidaridad que también puede ofrecerse si los comuneros así lo estipulan expresamente. Mas fuera de esta hipótesis, si no mediase pacto alguno entre comuneros que los obligue siquiera conjuntamente, bien está que la ley confiera una acción recursoria al condómino acreedor por gastos conservatorios o de reparación de la cosa que hubiese hecho, que podrá hacer valer al ser dividida la comunidad, de modo que cada condómino no reciba su cuota parte sino deducida su cuota en aquellos gastos de esta suerte reembolsados. De lo contrario, se ofrecería un caso de enriquecimiento injusto.

Nuestro artículo agrega que la acción recursoria puede hacerse valer contra los sucesores a título singular de los condóminos que hubiesen vendido o cedido su cuota parte, pero sólo si la deuda estuviera inscripta en el Registro, o se hubiese hecho una anotación preventiva.

Art. 2743. — El artículo anterior se aplicará cuando uno de los condóminos adeude a otro un crédito originado por la indivisión, y quedará afectada la parte del deudor, al cumplimiento de la obligación. Si éste resultase insolvente la deuda se dividirá entre los demás en proporción a sus cuotas.

Ver: art. 755 C. alemán; 2515 del Anteproyecto de Bibiloni; 1585 del Proyecto argentino de 1936. Los mismos fundamentos del artículo anterior, del cual el presente no es sino desarrollo.

Art. 2744. — Es válida la afectación de un bien indiviso en favor de alguno de los condóminos.

También lo es la afectación del bien indiviso a favor de otro inmueble perteneciente a uno de los condóminos, y la de este inmueble a favor del indiviso.

Ver: arts. 1009 C. alemán; 2518 del Anteproyecto de Bibiloni; 1587 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2745. — Las reglas relativas a la división de las sucesiones, a la manera de hacerla y a los efectos que produce, se aplican a la división de cosas particulares.

Producen los efectos de la partición, la licitación, y todos los actos a título oneroso por los cuales uno de los condóminos adquiere el dominio exclusivo de la cosa común.

Ver: arts. 2698 C. argentino; 2313 C. chileno; 2335 C. colombiano; 2332 C. ecuatoriano; 2235 C. hondureño; 2064 C. salvadoreño; 1714 C. nicaraguense; 770 C. venezolano; 1116 C. italiano; 406 C. español; 979 C. mexicano; 2519 del Anteproyecto de Bibiloni; 1588 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO II

De la administración de la cosa común

Art. 2746. — Siendo imposible por la calidad de la cosa, o por la oposición de algunos de los condóminos el uso o goce, o la posesión común, resolverá la mayoría si se da en locación, o se administra por cuenta común, y fijará las condiciones, y nombrará o revocará administradores.

Si se resolviese la locación, será preferido a un tercero, como locatario, el condómino que ofreciere las mismas ventajas, y entre condóminos en iguales ofertas, decidirá la suerte.

Ver: arts. 2699 y 2702 C. argentino; 4352 y 4355 inc. 2º del Esboço de T. de Freitas; 2520 del Anteproyecto de Bibiloni; 1589 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2747. — Las resoluciones sobre administración se adoptarán con citación de todos los interesados, por mayoría absoluta de votos computados según el valor de las partes indivisas, aunque ella correspondiese a uno solo de los condóminos.

Si hubiere empate decidirá la suerte. Cualquiera dificultad sobre asuntos administrativos, será sumariamente decidida por el juez a solicitud de cualquier condómino y con audiencia de los demás.

En caso de duda, se presumen iguales las partes. Los frutos se dividirán proporcionalmente a los valores de ellas.

Ver: arts. 2700, 2704, 2706, y 2708 C. argentino; 4353, 4354, 4356, y 4357 del Esboço de T. de Freitas 2521 del Anteproyecto de Bibiloni; y 1590 del Proyecto argentino de 1936.

Art. 2748. — El condómino que administrare por nombramiento de la mayoría, será juzgado según las reglas del mandato.

Si lo hiciera sin mandato, será considerado gestor de negocios.

Ver: arts. 2701 y 2709 C. argentino; 4354 inc. 2º y 4358 inc. 1º del Esboço de T. de Freitas; 2522 del Anteproyecto de Bibiloni; 1591 del Proyecto argentino de 1936.

CAPITULO III

De la indivisión forzosa

Art. 2749. — Habrá indivisión forzosa, cuando el condominio sea sobre cosas afectadas como indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios y ninguno de los condóminos podrá pedir la división sin el acuerdo unánime de los demás comuneros, o mientras uno solo de ellos tenga interés en la indivisión.

Los derechos que en tales casos corresponden a los condóminos, no son a título de servidumbre, sino a título de condominio.

Los copropietarios de la cosa común no pueden usar de ella sino para las necesidades de las heredades, en el interés de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa.

Ver: arts. 2710, 2711 y 2714 del C. argentino; 1592 parág. 2º y 1593 parág. 3º del Proyecto argentino de 1936. A estar a los ejemplos de cosas comunes sometidas a la indivisión francesa con que Aubry y Rau, Demolombe y demás autoridades del Derecho francés ilustran la eventual aplicación de la regla de nuestro artículo, no abundan en países, como el Paraguay y demás naciones americanas, en las que las construcciones edilicias se hallan espaciosamente distribuidas sin que sea menester que los patios, las callejuelas, los retretes, los abrevaderos etc., sirvan al uso común de dos o más heredades. (ver autores y opus cits. t. II, parág. 221 ter, texto y nota 1 y ss., pág. 588, 5ª edición). Y aun cuando al presente todavía no se ha ofrecido entre nosotros el condominio en los edificios, o sea en la llamada "propiedad horizontal", disciplinado en el capítulo siguiente, contemplamos allí la indivisión forzosa de las instalaciones que sirven para el uso común, como los ascensores, pozos, cisternas, cloacas, etc.

Art. 2750. — Cada uno de los condóminos puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como de una cosa propia, bajo la condición de no hacerla servir a otros usos que aquellos a que está destinada, y de no embarazar al derecho igual de los condóminos.

El destino de la cosa común se determina no habiendo convención, por su naturaleza misma y por el uso al cual ha sido afectada.

Ver: arts. 2712 y 2713 C. argentino; 2524 del Anteproyecto de Bibiloni; 1593 parág. 4º del Proyecto argentino de 1936. El presente artículo es versión literal del indicado parágrafo de la obra de Aubry y Rau.

Art. 2751. — Habrá también indivisión forzosa, cuando la ley prohibiere la división de una cosa común, o cuando la prohibiere una estipulación válida y temporal de los condóminos, o el acto de última voluntad también temporal que no exceda, en uno y otro caso, el término de cinco años o cuando la división fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio a los condóminos.

Ver: arts. 2715 del C. argentino; 4363 del Esboço de T. de Freitas; 2525 del Anteproyecto de Bibiloni; 1592 inc. 1º del Proyecto argentino.

CAPITULO IV

Del condominio en los edificios

Art. 2752. — Los edificios de dos o más pisos, construídos de cemento armado o material similar incombustible, en forma de departamentos aislados entre sí, contentivos, cada uno, de por lo menos tres habitaciones, y destinados a escritorios o residencia particular, con salida a la vía pública directamente o por un pasaje común, podrán ser enajenadas en todo o en parte, objetivamente considerados, de suerte que cada departamento sea una propiedad autónoma, sujeta a las limitaciones establecida en este Código.

Cada departamento será individualizado por una designación numérica inscripta en el Regstro de la Propiedad, a los efectos de su identificación y discriminación.

Ver: arts. 1º de la Ley brasileña Nº 285 del 5 de junio de 1948; 1º de la Ley uruguaya del 25 de junio de 1946; 1º y 2º de la Ley chilena Nº 6071; 1º y parág. 1º del art. 3º de la Ley paraguaya Nº 677; 1º y parág. 1º de la Ley argentina Nº 13.512; 1291 b) C.C. de Puerto Rico; etc.

Sin reglamentación: arts. 664 C. francés; y a su imitación: arts. 562 C. italiano de 1865 (abrogado); 396 C. español; 208 C. japonés; 799 C. de la República de China; 2190 y ss., del C. portugués (con el nombre de quiñón); 951 C. mexicano; 404 C. panameño; 396 C. cubano; 1653 C. nicaraguense.

En contra: arts. 2617 C. argentino y su nota; 4281 del Esboço de T. de Freitas; 2386 del Anteproyecto de Bibiloni; 1473 del Proyecto argentino de 1936; 1014 C. alemán (relativo al derecho de superficie), siquiera por el art. 182 de la Ley de Introducción se dejan subsistentes la propiedad de pisos existentes al tiempo de la vigencia del Código; 675 C. Civil suizo, según el cual los distintos pisos de un edificio no pueden ser objeto de un derecho de superficie, pero pueden ser inscriptos como servidumbre en el Registro Inmobiliario.

Aun cuando a imitación del C. italiano de 1942 llamamos **"condominio en los edificios"** a la figura jurídica que los argentinos llaman **"propiedad horizontal"**, y el tal condominio sólo se reduce al suelo sobre el cual se levanta el edificio, a determinados locales y obras e instalaciones de él, al mismo tiempo que se consagra la autonomía del derecho relativo al goce de cada departamento o piso, optamos por iniciar este Capítulo, a igual que la Ley brasileña Nº 285, con el precepto **sub examen** destinado a proclamar la autonomía del derecho del dominio ejercido por el titular de cada departamento o piso, sin perjuicio de puntualizar las partes del edificio sobre las cuales recae el condominio. Bien se ve que la figura jurídica que nos ocupa se caracteriza, como lo ha hecho notar Picard, por una superposición de propiedades distintas y separadas, complicada por la existencia de una copropiedad recaída sobre las partes necesariamente comunes o afectadas al uso común de los distintos propietarios (ver: autor cit. in Planiol y Ripert, t. III, **Les Biens**, Nº 319, pág. 305). Viene de aquí que este caso sea típicamente de indivisión forzosa en las partes comunes señaladas por la ley. La conciliación legal de este condominio con la autonomía del derecho de los propietarios de pisos o departamentos, por mucho que sepa a paradoja o a hibridismo jurídico, es hoy universalmente admitida en la legislación civil de las naciones, como imbricación impuesta por la necesidad de contribuir a la solución, siquiera parcial, del grave problema suscitado por la escasez de locales para la vivienda en las urbes superpobladas o en los grandes centros de producción industrial.

La relación entre los diversos pisos, lo ha hecho notar Messineo, es de **superficie** en cuanto el propietario de cada piso, además del derecho sobre el piso, tiene el derecho de apoyarlo sobre el inferior. Solamente el propietario del primer piso se encuentra en situación singular: en cuanto tiene un derecho de superficie sobre el suelo, sobre el cual tiene su cuota parte, sin que sobre lo que exceda su cuota parte exista ninguna relación de superficie. (ver autor y opus cit. t. III, parág. 87, Nº 5 bis, a, pág. 430).

Condición del condominio en edificios es que los pisos no sean contiguos, en sentido horizontal, sino superpuestos, en sentido vertical, de modo que ellos tengan en común, por lo menos, el suelo. Si el edificio fuese de un solo piso y estuviese dividido entre dos propietarios, en el sentido vertical, se tendrán dos propiedades solitarias, entre las cuales existiría sólo la comunidad del muro divisorio, a menos que el suelo sea también común.

Estas peculiaridades comunicaron singularidad al condominio en los edificios y remansaron la ortodoxia del Derecho tradicional ante la dificultad de definirla con aquella claridad y precisión con que los jurisconsultos romanos del siglo VII, bajo la influencia de la filosofía griega, estamparon la impronta de la perspicuidad de su talento en las instituciones que recibieron y legaron a la posteridad. Explícase así que los autores que intentaron una caracterización dogmática de la figura jurídica que nos ocupa y la construcción de la teoría de este instituto sin antecedentes romanos, se estrellaran con la contradicción de sus términos, de donde viene que no hayan logrado otra cosa que considerarlo como propiedad parcial o total única o plural, o como un caso de no propiedad, o como derecho **sui generis**, o como especie de la figura a la que los romanos llamaron **communio pro diviso**, empresa desesperada, dice Giuseppe Branca, fundada en la existencia de pisos, con desdén de la esencia del instituto fundado antes bien en la gestión de las partes y servicios **pro indiviso communes**. Miraba esta última doctrina a distinguir el condominio de edificios de la comunión en general haciendo espigón del edificio dividido en pisos diversos y contiguos (**communes pro diviso**) un simple nombre o apelativo, y no una construcción dogmática (ver: autor cit. **Della Proprietá**, pág. 293, edición Zanichelli, Bologna, 1960; Messineo, t. III, parág. 94, Nº 2, pág. 544 y t. II, parág. 10, Nº 2, pág. 30).

La verdad es que resulta difícil ajustar la idea de comunidad o condominio, que supone una **cosa única**, indivisible por su naturaleza, o temporalmente por ley o pacto, con varios derechos sobre partes concretas y autónomas del objeto, sólo nominalmente vinculados, cual acontece con la figura disciplinada en el presente Capítulo. La comunidad o condominio es **pro indiviso** en cuanto tiene lugar por la asignación de cuotas ideales o indivisas a cada comunero, al paso que la comunidad de derechos desaparece si la asignación es de partes concretas a cada comunero, cada uno de los cuales, investido, como está de derechos autónomos o exclusivos, constituye una pluralidad de derechos sobre cosas singulares, aunque conexas.

Tales son las razones que han inclinado a la doctrina y la jurisrudencia italiana a negar más o menos abiertamente la personalidad jurídica del condominio de edificios, y a sostener, en cambio, que en la figura que nos ocupa se ofrece una **colectividad** de condóminos, o un **conjunto** de condóminos considerados como un todo, o un ente de gestión directo y limitado a la administración o al buen uso de la cosa común.

En principio la división en pisos de un edificio con derecho exclusivo o autónomo de cada propietario, no

es una novedad, sino antes bien conocida y practicada en las comarcas francesas de Derecho consuetudinario, como Grenoble y Rennes, tanto que los compiladores del Código de Napoleón la autorizaron por su art. 664, dando así ocasión a glosadores, como Demolombe a no ver en este Instituto sino la mezcla extraña de varios derechos de distinta naturaleza, de propiedades también distintas, de medianería y servidumbres recíprocas (ver autor y opus cit. t. XI, Nº 425 bis, pág. 521). Y en parecidos términos estima Chauveau que este modo de división ofrece de particular que produce una mezcla de propiedad exclusiva y de copropiedad (autor cit. in Baudry Lacantinerie, Des Biens, t. VI, Nº 986, pág. 717). Por lo demás, nada se ha controvertido más que la jurisprudencia a que la aplicación del art. 664 del C. francés ha dado lugar, según puede verse en las notas con que Aubry y Rau ilustran su propio texto (ver autores cits. t; II, parág. 221 ter, notas 20 a 34, págs. 592 y ss., 5ª edición).

La obscuridad en que 150 años atrás se ofreció a los doctrinadores del Derecho la división en pisos de los edificios provenía de las dificultades con que sus propietarios tropezaban en el goce de tan singular dominio, acaso porque no conociéndose la fuerza eléctrica aplicada a las comodidades exigidas por la superposición de pisos, una de las cuales, la traslación mecánica en sentido vertical por medio del ascensor, les sometía a penosos esfuerzos en subir y bajar los numerosos peldaños de una escalera para proveer a su higiene y alimentación, con no escasas molestias a sus vecinos más malquistos entre sí, que vinculados por un sentimiento de cooperación en el disfrute de sus respectivos pisos. Explícase así el espíritu adverso a la admisión del derecho de superficie en la división horizontal de los edificios con que Texeira de Freitas, Vélez Sarsfield, Bibiloni y la Comisión argentna de Reformas del Código se refirieron a esta materia.

Mas en nuestros días, en que por el evidente progreso logrado en la construcción de las llamadas casas de Departamentos, se han obviado los entorpecimientos de un holgado disfrute de cada piso, propende la doctrina civil a contemplar con tolerancia la disciplina del Instituto que nos ocupa, por evidente que sea la admisión en ella de un derecho autónomo y exclusivo de dominio de cada piso y de una comunidad o copropiedad de sólo partes del edificio, como si tal concomitancia no afectara a la aplicación unitaria y coherente de la ley que la autoriza.

La construcción de edificios divididos en pisos sobre los cuales sus propietarios gozan de un derecho autónomo, es, por lo común promovida por empresas especialmente constituídas para lucrar con la enajenación de dichos pisos o Departamentos. La enajenación puede hacerse por actos entre vivos o por actos de última voluntad. Puede ella tener lugar en el curso de la construcción o después de terminada la construcción de un edificio. Nada obsta a que cada Departamento pueda pertenecer en comunidad a más de una persona.

Los condóminos reunidos de una suerte de tierra pueden acordar libremente la construcción de un edificio de pisos que haya de someterse al régimen establecido en el presente Capítulo, y distribuir entre ellos los pisos sobre las bases de un contrato de administración.

Art. 2753. — Se reputan bienes comunes los necesarios para la existencia, seguridad y conservación del edificio y los que permitan a todos y a cada uno de los propietarios el uso y goce del piso o departamento de su exclusivo dominio, tales como:

I) el suelo sobre el cual se levanta el edificio, los cimientos, muros maestros, techos, patios, galerías, vestíbulos, jardines, escaleras y pórticos comunes, y en general todas las partes del edificio necesarias al uso común;

II) los locales para la portería y vivienda del portero; la lavandería, tendederos; las instalaciones de servicios centrales, como los de calefacción, agua caliente o fría, refrigeración y otros similares de uso común;

III) las obras, instalaciones, manufacturas de cualquier género que sirvan al uso y goce común, como los ascensores, pozos, cisternas, acueductos, cloacas, canales de descarga, plantas para el agua, el gas, la energía eléctrica, hasta el punto de separación de los pisos respecto de los locales de propiedad exclusiva de los condóminos singulares.

Los sótanos y azoteas revestirán el caracter de comunes, salvo convención en contrario. Esta enumeración no es taxativa.

Ver: arts. 1117 C. Italiano; 2º Ley argentina Nº 13.512; 3º de la Ley paraguaya Nº 677; 3º de la Ley chilena Nº 6071; 2º de la Ley brasileña Nº 5481; 1291 I, del C. Civil de Puerto Rico.

Como reza el texto del presente artículo, la enumeración de los bienes comunes es meramente ejemplificativa y prevalece sólo juris tantum o sea salvo lo estipulado por convención unánime de los propietarios singulares, siquiera ninguno de ellos podría renunciar su derecho al uso de las cosas comunes expresadas en el presente artículo. Dados los progresos diariamente logrados en la invención y aplicación de novedades arquitectónicas para la mayor comodidad de los propietarios de pisos o departamentos, mal podría conferirse a priori prevalencia jure et de jure al número de los bienes comunes.

Las instalaciones telefónicas, de radio y televisión no son comunes.

En los Estados Unidos, donde el género de propiedad dividida en pisos es regla general, la terraza o jardín que cubre el último piso, está siempre a disposición de todos los propietarios de pisos. Mas se discute si el propietario del último piso podría convertir el techo en jardín o terraza sin la anuencia de la unaminidad de los propietarios de piso, a quienes asiste el derecho de impugnar la obra sino fuesen consultados, y las reformas sólo mirasen a satisfacer las comodidades o caprichos de uno solo. Si tales obras perjudicasen la estética del edificio, o su euritmia arquitectónica, o facilitasen la filtración de humedades, el autor de ellas podría ser obligado a deshacerlas a su costa, reparar los deterioros e indemnizar daños y perjuicios. Para evitar estas desazones lo mejor es que ninguna obra de esta índole sea emprendida sin la anuencia previa de la unaminidad de los co-interesados.

Tampoco se admite que el propietario del piso superior pueda, sin el acuerdo unánime de los co-interesados erigir para sí un alojamiento suplementario, porque de lo contrario se le admitiría que pueda cambiar el destino de una parte de la casa, y privar del uso y goce de la azotea común a los titulares de un derecho igual al suyo. Tales obras podrían privar de luz al edificio, aumentar el número calculado de habitantes con incomodidad del dueño del piso inferior.

Estas restricciones se aplican por igual al propietario del primer piso, asentado sobre los cimientos del edificio, quien por consiguiente, no podría hacer exacavaciones en el subsuelo para su exclusivo provecho, dado que en el suelo sólo tiene una cuota parte indivisa. (ver: Carlos Maximiliano, Condominio, Nºs. 108 a 150, pág. 147 y ss.; Messineo, opus cit. t. III, parág. 94, Nº 1 bis, pág. 544; Giseppe Branca y F. de Martino, Della Propietá, pág. 300 a 319; Giocchino Scaduto, in Codice Civile —Libro della Propietá— Commentario bajo la dirección de Mariano D'Amelio, pág. 900).

Art. 2754. — También serán considerados elementos comunes, pero con caracter limitado, siempre que así se acuerde expresamente por la totalidad de los titulares del edificio, aquellos que se destinen al servicio de cierto número de departamentos con exclusión de los demás, tales como pasillos, escaleras y ascensores especiales, servicios sanitarios comunes a los departamentos de un mismo piso y otros análogos.

Ver: art. 1291 del C. de Puerto Rico.

Art. 2755 — El derecho de cada condómino sobre las cosas comunes es proporcional al valor del piso o porción de piso que le pertenece, si el título no dispone otra cosa.

El condómino no puede renunciar al derecho sobre las cosas comunes, ni eximirse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de dichas cosas.

Ver: arts. 1118 C. Italiano; 4º de la Ley paraguaya Nº 677; 3º parág. 1º y 2º de la Ley argentina Nº 13.512; 4º parág. 1º de la Ley chilena Nº 6071; 4º parág. 1º de la Ley uruguaya 10751.
Dado lo dispuesto por el presente artículo, se infiere que la única manera de sustraerse al llamado condominio (indisoluble) es prácticamente la enajenación del piso o departamento por el que el enajenante es substituído por el comprador en la obligación de construir a los gastos comunes. El condominio continúa subsistiendo.
La proporcionalidad de los derechos de cada condóminio en relación al valor del piso o porción de piso que le pertenece, puede ser alterada por la convención de los co-propietarios en consideración a la ubicación de dicho piso o departamento o sea de la destinación objetiva natural a la cual el piso o departamento responda. No se tomará en cuenta el mayor valor derivado de una mayor o menor utilización subjetiva.

Art. 2756. — Las partes comunes del edificio están sujetas a indivisión forzosa a tenor de lo dispuesto en el art. 2753, a menos que la división pueda hacerse por acuerdo unánime de los condóminos sin que resulte más incómodo el uso de la cosa a cada uno de ellos.

Ver: art. 1119 C. Italiano; 1291 k del C. de Puerto Rico. En principio el condominio de edificación es indisoluble, salvo el pacto en contrario por decisión unánime de los copropietarios y con la limitación establecida en el presente artículo.

Art. 2757. — Cada propietario podrá servirse a su arbitrio de los bienes comunes, siempre que los emplee según su destino ordinario, y sin perjuicio del uso legítimo de los demás.

Los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo piso o departamento.

Por consiguiente, en la transferencia, trasmisión, gravamen o embargo de un piso o departamento se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos mismos actos con relación a ellos separadamente del piso o departamento a que acceden.

Ver: arts. 6º y 7º de la Ley chilena Nº 6071; 3º parágs. 1º y 3º de la Ley argentina Nº 13.512; 5º, y 7º de la Ley paraguaya Nº 677; 8º, y 4º parág. 2º de la Ley uruguaya Nº 10.571; 1291 l del C. de Puerto Rico.

Art. 2758. — Cada propietario puede, sin necesidad del consentimiento de los demás enajenar, gravar de hipoteca o dar en anticresis el piso o departamento que le pertenece.

Ver: arts. 4º de la Ley argentina Nº 13.512; 3º de la Ley brasileña Nº 5481; 9º de la Ley chilena Nº 6071; 6º de la Ley paraguaya Nº 677; 14 de la Ley uruguaya Nº 10.751.

Art. 2759. — La hipoteca constituída sobre un piso o departamento que ha de construirse en un terreno en que el deudor es comunero, gravará su cuota en el terreno desde la fecha de su inscripción, y al piso o departamento que se construya sin necesidad de nueva inscripción.

Ver: art. 10 de la Ley chilena Nº 6071.

Art. 2760. — No podrá hipotecarse el terreno sobre el que se asienta el edificio de distintos propietarios, si la hipoteca no comprende el edificio, y si no cuenta con la conformidad de todos ellos.

Ver: art. 14 parág. 1º de la Ley argentina Nº 13.512.

Art 2761 — Cada propietario atenderá los gastos de conservación y reparación de su propio piso o departamento. Le está prohibida toda innovación o modificación que pueda afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes; o que cambie la forma externa del frente o que decore las paredes o recuadros exteriores con tonalidades distintas a las del conjunto.

Ver: art. 5º de la Ley argentina Nº 13.512; 8º de la Ley paraguaya Nº 677; y 1120 parágrafo 2º del C. italiano.

Art. 2762 — Cada propietario usará su piso o departamento en forma ordenada y tranquila. No podrá, en consecuencia, hacerlo servir a otros objetos que los convenidos en el reglamento de copropiedad, o a falta de éste, a aquellos a que el edificio está destinado o que deben presumirse de su naturaleza y ubicación o de la costumbre del lugar; ni ejecutar acto alguno que perturbe la tranquilidad de los demás propietarios o que comprometa la seguridad, solidez o salubridad del edificio.

Así, por ejemplo, no podrá establecer taller, fábrica o industria si el edificio se destina a habitación; ni emplear su piso o departamento en objetos contrarios o la moral o a las buenas costumbres; ni arrendarlo a persona de notoria mala conducta; ni provocar ruidos o algazaras en las horas que ordinariamente se destinan al descanso; ni almacenar en su piso o departamento materias húmedas, infectas o inflamables que puedan dañar los otros pisos o departamentos.

Iguales restricciones regirán respecto del arrendatario y demás personas a quienes el propietario conceda el uso o el goce de su piso o departamento.

El juez, a petición del administrador del edificio o del propietario molestado aplicará al infractor de las prohibiciones del presente artículo, en juicio breve y sumario, una multa del uno al diez por ciento del valor de su piso o departamento, a beneficio de la Municipalidad del lugar.

Ver: arts. 8º de la Ley chilena Nº 6071; 6º y 15 de la Ley argentina 13512; 9º y 10 de la Ley paraguaya Nº 677; 9º y 10º de la Ley uruguaya Nº 10.751; 1291 m del C. de Puerto Rico.

Art. 2763. — Los condóminos, con la mayoría que represente los dos tercios del valor del edificio, podrán disponer todas las innovaciones enderezadas al mejoramiento y al uso más cómodo o al mayor rendimiento de las cosas comunes.

Ver: art. 1120 parág. 1º C. Italiano; 12 de la Ley uruguaya Nº 10.751.

Art. 2764 — Cuando la innovación importe un gasto muy gravoso o tenga carácter suntuario respecto a las condiciones particulares y a la importancia del edificio, y consista en obras, mecanismos o manufacturas suceptibles de utilización separada, los condóminos que no quieran obtener beneficio de ello, son eximidos de toda contribución en los gastos.

Si la utilización separada no es posible, la innovación no será autorizada, salvo que la mayoría de los condóminos que la ha acordado o aceptado asuma íntegramente la obligación de pagar su costo.

En el caso previsto por el primer apartado, los condóminos o sus herederos o causahabientes pueden, sin embargo, en cualquier tiempo, participar en los beneficios de la innovación, contribuyendo a los gastos de ejecución y de mantenimiento de la obra.

Ver: arts. 1121 C. Italiano; 8º parág. 2º de la Ley argentina Nº 13.512. La onerosidad del gasto demandado por la innovación debe estimarse con criterio objetivo, porque se trata de un asunto exclusivo de un derecho real y no de un derecho personal. Siendo así sería gasto gravoso el ocasionado por la instalación de termo-sifón para la calefacción central en una comarca de clima excesivamente cálido aun en invierno; por la de un ascensor en edificio de sólo dos pisos; por el embellecimiento arquitectónico del frente o de la escalera de un tugurio; por la instalación del teléfono en un edificio habitado por gente modesta etc.
Para juzgar de suntuaria la innovación no se atenderá a la necesidad o a la sensibilidad de cada condómino, aisladamente considerado, sino en relación a todo el edificio, como la construcción de un garaje en edificio modestísimo. Si tales innovaciones son susceptibles de un goce fraccionado, elemental es que los condóminos que no necesiten usarla sean eximidos de la obligación de contribuir en los gastos. En el caso contrario o sea que la innovación no sea susceptible de goce fraccionado, podrá autorizársela si la mayoría de los condóminos que la ha acordado asume la obligación de pagar el íntegro costo de ella a sus exclusivas expensas, sin perjuicio de que queriendo, los que se abstuvieron de usarla, disfrutar posteriormente de ella, contribuyan a los gastos de ejecución y de conservación de la mejora (ver: Branca y de Martino, opus cit. pág. 348 y ss; Scaduto **in Codice Civile, Commentario** bajo la dirección de D'Amelio, pág. 906).

Art. 2765 — Los gastos necesarios para la conservación y el goce de las partes comunes del edificio, para la prestación de los servicios en interés común y las innovaciones acordadas por la mayoría, son soportados por los condóminos en medida proporcional al valor de la propiedad de cada uno, salvo pacto en contrario.

Si se trata de cosas destinadas a servir a los condómino en medida distinta, los gastos se reparten en proporción al uso que cada uno pueda hacer de ellas.

Cuando un edificio tenga varias escaleras, patios, terrazas, obras o mecanismos destinados a servir una parte de la totalidad del edificio, los gastos relativos a su mantenimiento son a cargo del grupo de condóminos que obtiene utilidad de ello.

Ver: art. 1123 C. italiano; 8º parág. 1º de la Ley argentina Nº 13.512.
El presente artículo, como su fuente, establece criterios distintos para la repartición de los gastos de acuerdo a su aplicación.
Estatuído por nuestro art. 2755 que el derecho de cada condómino sobre las cosas comunes es proporcional al valor del piso o porción de piso que le pertenece, si el título no dispone otra cosa, ocioso era que tratándose de los gastos necesarios para la conservación y el goce de esas mismas cosas comunes aplícase el legislador idéntico criterio de proporcionalidad o sea que la obligación de soportarlos se distribuya en proporción al valor de la propiedad de cada uno, salvo pacto en contrario.
Supone el parágrafo 1º de nuestro artículo que el goce de los distintos propietarios sea, por su naturaleza, proporcional al valor de su propiedad.
Mas si se trata de cosa destinada a poder servir a los condóminos, no en proporción al valor de su propiedad, sino del uso, que es una medida distinta, estatuye nuestro artículo que los gastos sean soportados en esta medida o sea en proporción al uso que cada uno haga de las cosas cuyo uso sea susceptible de división y que por su naturaleza se hallen destinadas a un uso mensurable con distinto criterio al del valor de las cosas.
Ocurre, en efecto que por la grandiosidad de los edificios de pisos actualmente construídos al favor de los adelantamientos de la arquitectura moderna, se ofrece en ellos la posibilidad de que un edificio tenga más escaleras, depósitos, obras o instalaciones destinados a servir sólo una parte del edificio de suerte que su uso sea efectivamente reservado a distintos grupos de condóminos. En tal caso, tales partes no dejan de ser comunes a todos, salvo pacto en contrario. Mas como quiera que dichas obras son usadas especialmente por el grupo beneficiario de condóminos, justo es que los gastos de manutención sean a cargo del grupo que obtiene utilidad de ello, como lo preceptúa el in fine de nuestro artículo.

Art. 2766 — Las escaleras y ascensores son conservados y reconstruídos por los pripietarios de los distintos pisos a los que sirven. El gasto correspondiente se reparte entre ellos por mitad en relación al valor de cada uno de los pisos o porciones de pisos y por otra mitad en proporción a la altura de cada piso respecto del suelo.

En lo que se refiere a la concurrencia en la mitad del gasto, que se distribuye en razón al valor, se consideran como pisos los sótanos, los tablados, los desvanes o buhardillas y las terrazas, cuando no sean de propiedad común.

Ver: art. 1124 C. italiano. El art. 8 de la Ley argentina Nº 13512, parágrafo 1º consagra la regla de la proporcionalidad de los gastos de conservación y reparación en relación al valor de los pisos, sin descender a los particulares del presente artículo que contempla especialmente los gastos de conservación y reconstrucción de las escaleras, como ya lo contempló en su artículo 562 parág. 4º el C. italiano de 1865 (ya abrogado) y el art. 664 parág. 4º del C. francés, siquiera ambos distintos por su redacción. Explícase así que por aplicación de la Ley argentina Nº 13.512, esté igualmente obligado a la conservación y gastos de reconstrucción de las escaleras, el propietario del primer piso o planta baja, que no necesita hacer uso de ellas. En cambio, el parág. 2º del art. 5º de la Ley uruguaya Nº 10.751, evidentemente inspirada en el C. italiano de 1942, preceptúa que: "el dueño o dueños del piso bajo, y del subsuelo, quedan exceptuados de contribuir al mantenimiento y reparación de escaleras y ascensores, no siendo condóminos en ellos".
Nuestro artículo, aún conservando el principio fundamental de los arts. 562 parág. 4º del C. italiano abrogado y 664 parág. 4º del C. francés, corrige su dureza con lo que sigue al estatuir la división de los gastos en dos mitades: la primera repartida en relación al valor de cada uno de los pisos o porciones de piso y la segunda en proporción a la altura de cada piso respecto del suelo.
Respecto de la primera mitad se repuntan pisos los sótanos, los tablados, los desvanes o buhardillas y las terrazas que no sean de propiedad común.
Mas como el principio fundamental es que los gastos se reparten entre los propietarios de pisos a los que sirven, ocioso es que el propietario de la planta baja, a quien la escalera no le sirve, no está obligado a cargar con ellos. Un ejemplo ilustrará la eventual aplicación de nuestro artículo.
Suponiendo que se trate de un edificio de cuatro pisos, de igual valor, pertenecientes a cuatro distintos propietarios, y una reparación hecha en el primer peldaño que cuesta ₲. 2.000:00. Según el Código italiano de 1865, cada propietario habría contribuído con ₲. 500:00. Mas según el art. 1124 del C. italiano de 1942, fuente directa e inmediata del nuestro, admitido que los cuatro pisos tengan una misma altura proporcional del suelo, debe el propietario del primer piso contribuir completivamente con ₲. 350:00 el del segundo con ₲. 450.00; el del tercero con ₲. 550:00; y el del cuarto con ₲. 650:00. El propietario de la planta baja no contribuye. Si hubiese una buhardilla, su propietario no contribuiría sino al pago de los primeros mil guaraníes en proporción al valor de ella y en relación al valor del piso en que estuviese (ver: G. Scaduto, in Commentario a cargo de M. D'Amelio, pág. 910; Branca y Martino, opus cit. pág. 382 y ss.; Messineo, t. III, parág. 94, pág. 548).

Art. 2767 — Los gastos para la conservación y reconstrucción de los techos, de las vueltas y los patios, se soportan por partes iguales por los propietarios de los dos pisos que estén el uno encima y el otro debajo, quedando a cargo del propietario del piso superior el cubrir el pavimento y a cargo del propietario del piso inferior el arreglo, pintura y decoración del techo.

Ver: arts. 1125 C. Italiano.
El art. 562 parág. 3º del Código Italiano abrogado estatuía que el propietario de cada piso o porción de piso hace y mantiene el pavimento sobre el cual camina, las vueltas, graneros y buhardillas cubiertos por su propiedad, y esta norma era interpretada en el sentido que debe distinguirse en toda cubertura dos estratos: uno que hace de pavimento, á cargo del propietario que sobre él camina; otro que hace de cielo raso, a cargo del propietario del piso que está debajo. El enladrillado debe ser reparado por el propietario que sobre él camina; la viga o madero del desván debe ser reparado por el propietario del departamento o piso inferior.
Esta norma agravaba injustamente la situación del propietario del piso inferior, en cuanto la viga o madero por ejemplo, servía al desván y al mismo tiempo sostenía el pavimento del piso superior.
Dado que con posterioridad al Código de 1865 se inició la construcción de edificios de pisos de cemento armado, en los que una sola planta sirve de viga y de sostén al pavimento del piso superior, la Corte italiana de Casación aplicó el precepto que nos ocupa con mayor equidad a un caso que se ofreció a su decisión estatuyendo que el gasto de conservación y reconstrucción de la planta debía ser común a los propietarios de ambos pisos.
El Código de 1942 distingue: una parte mediana constituída por el desván o buhardilla, de la vuelta y el patio, diversamente usados; y la otra constituída por varios tipos de construcción, que sirven al mismo tiempo de cubertura de un departamento y de base a la pavimentación del departamento superior, la cual, siendo de utilidad común, debe ser conservada y reconstruída a expensas de los propietarios de los dos pisos amenazados, en partes iguales (ver Scaduto, opus cit. pág. 912).

Art. 2768 — Cuando el uso de las terrazas o una parte de ella no es común a todos los condóminos, aquéllos que tienen su uso exclusivo están obligados a contribuir por un tercio en el gasto de las reparaciones o reconstrucciones de la terraza; los otros dos tercios son a cargo de todos los condóminos del edificio o de la parte de éste a cuya terraza sirve, en proporción al valor del piso o de la porción de piso de cada uno.

Ver: art. 1126 C. Italiano. Una vez más este precepto, fuente del presente artículo, estatuye la repartición equitativa de los gastos de reparaciones o reconstrucciones de las terrazas, poniendo a cargo del que tiene su uso exclusivo, un tercio de dichos gastos, y los otros dos tercios a cargo de los demás condóminos, en proporción del valor del piso o de la porción de piso de cada uno.

Art. 2769 — El propietario del último piso del edificio puede elevar nuevos pisos o nuevas construcciones con el asentimiento unánime de los demás condóminos, salvo que otra cosa resulte del título. La misma restricción rige para el que es dueño exclusivo de la terraza.

La mayor elevación no será admitida si las condiciones estáticas del edificio no la consienten.

Los condóminos pueden oponerse además a la mayor elevación, si ésta perjudica el aspecto arquitectónico del edificio o bien si disminuye notablemente el aire o la luz de los pisos inferiores.

Quien llevare a cabo la mayor elevación debe abonar a los otros condóminos una indemnización igual al valor actual del ala a ocuparse con la nueva construcción, dividido por el número de pisos, comprendido en dicho número el piso que va a edificarse, y detraído el importe de la cuota correspondiente a él.

Está obligado también a reconstruir la terraza de la que todos o parte de los condóminos tenían el derecho de usar.

Al propietario de la planta baja le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez del edificio, tales como excavaciones, sótanos, etc.

Ver: arts. 1127 C. italiano; 13 de la Ley uruguaya Nº 10.751; 7º de la ley argentina Nº 13.512; 1291 del C. de Puerto Rico; 25 de la Ley colombiana Nº 182.
El presente artículo, traslego literal del 1127 del C. Italiano de 1942, sólo se aparta de su fuente en que, en vez de la libertad de elevar nuevos pisos conferida al propietario del último piso, salvo pacto en contrario, tal como lo autorizaba el 564 del Código abrogado, la condiciona al asentimiento unánime de los demás condóminos, salvo que otra cosa resulte del título. Así también lo deciden los arts. 13 de la Ley uruguaya y 1291 del C. Civil de Puerto Rico. Callan el punto la ley brasileña Nº 285 y la ley chilena 6071. El art. 7º de la Ley argentina Nº 13.512 es terminantemente claro. Aun concurriendo el consentimiento unánime de los demás condóminos, la mayor elevación no sería admitida por la autoridad municipal que debe conformar los planos de contsrucción, si a su juicio las condiciones estáticas del edificio no la consientiesen. La oposición de los demás condóminos debe fundarse en lo dispuesto por el parágrafo 3º del presente artícu-

lo, sea porque el aspecto arquitectónico del edificio resulte perjudicado, o porque los pisos inferiores resulten privados notablemente de luz o aire.
Autorizada que sea la elevación de nuevos pisos, deberá el que la lleve a cabo indemnizar a sus otros condóminos en la forma establecida por el in fine de nuestro artículo. Sobre el art. 7º de la Ley argentina, ver M. Laquis, La propiedad Horizontal, pág. 51, B. Aires, 1960.

Art. 2770 — Si el edificio perece enteramente o sólo en una parte que represente los tres cuartos de su valor, cada uno de los condóminos podrá pedir la venta en subasta del suelo y de los materiales, salvo pacto en contrario. En el caso de perecimiento de una parte menor, la asamblea de los condóminos decide acerca de la reconstrucción de las partes comunes del edificio y cada uno está obligado a concurrir a ella en proporción á su derecho sobre dichas partes.

La indemnización abonada por el seguro relativo a las partes comunes está destinada a la reconstrucción de éstas.

El condómino que no quiera participar en la reconstrucción del edificio estará obligado a ceder sus derechos a los otros condóminos, también sobre las partes de su exclusiva propiedad, según la estimación que habrá de hacerse, salvo que prefiera ceder sus derechos a algunos solamente de los condóminos.

Ver: art. 1128 C. Italiano.
El presente artículo se funda en que el suelo sobre el cual está asentado o construido el edificio es co-propiedad de los propietarios de pisos, salvo pacto en contrario. Ver nuestro art. 2753 inc. 1º Siendo así, en caso de incendio u otra causa análoga que produzca la destrucción de todo el edificio o los tres cuartos de su valor, se faculta a los condóminos a pedir la venta en subasta pública del suelo y de los materiales que resten.
Si la destrucción es sólo parcial, la reconstrucción del edificio será materia sometida a la deliberación de los condóminos, a la que cada uno estará obligado a concurrir en proporción de su derecho si la asamblea, por la mayoría legal, decide su reconstrucción.
Como la obligación de contribuir a la reconstrucción no es de orden público, nuestro artículo deja abierta las puertas a la hipótesis de que uno o más condómino prefiera liberarse de ella por la cesión de sus derechos a los otros condóminos sobre la base de la estimación que se haga de ellos, salvo que el cedente se ponga de acuerdo con uno o más condóminos para una cesión limitada a favor de ellos.
Si el edificio estaba asegurado, la porción del seguro correlativa a la parte común es destinada a la reconstrucción de dicha parte, sin que los acreedores privilegiados o hipotecarios puedan oponerse a ello, fundados en su respectivos créditos.

Art. 2771 — Los propietarios de los diversos pisos o departamentos en que se divida un edificio podrán acordar reglamentos de co-propiedad con el objeto de precisar sus derechos y obligaciones recíprocos, imponerse las limitaciones que estimen convenientes y, en general, proveer al buen régimen interno del edificio.

El reglamento de co-propiedad deberá ser acordado por la unanimidad de los interesados.

Acordado en esta forma y reducido a escritura pública inscripta en el Registro de la Propiedad, tendrá fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes, a cualquier título. La inscripción podrá practicarse aun cuando no esté construído el edificio.

Las mismas reglas se aplicarán para modificar o dejar sin efecto el reglamento.

Ver: arts. 12 de la Ley chilena Nº 6071; 11 Ley colombiana Nº 182; 1138 C. Italiano; 9º parág. 1º de la Ley argentina Nº 13.512; 8º de la Lei brasileña Nº 285; 16 de la Ley uruguaya Nº 10.751; 13 de la Ley paraguaya Nº 677; 1291 y 1922 C. Civil de Puerto Rico.
Nuestro artículo no fija el número de co-propietarios requeridos para la formulación de un reglamento de administración del edificio. El art. 1138 del C. Italiano requiere un mínimun de once propietarios para acordar obligatoriamente el reglamento. El art. 1291 del C. de Puerto Rico sólo exige que los propietarios sean más de uno para verse obligados a declarar su voluntad de someterse al régimen del condominio en edificios, al que por la Ley de 25 de junio de 1958 se le llama allí "Ley de Propiedad Horizontal".

Art. 2772 — El reglamento debe proveer obligatoriamente, por lo menos a los siguientes puntos:

a) Designación de un representante de los propietarios, que puede ser uno de ellos o un extraño, con facultad de administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer a la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo con arreglo a derecho;

b) Determinar las bases de remuneración del representante y las causas y forma de su remoción y reemplazo. Cualquiera sea la extensión del